

Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter

Citation for published version (APA):

Backes, C. W. (2008). *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter*. Boom Juridisch. <https://doi.org/10.26481/spe.20081114cb>

Document status and date:

Published: 14/11/2008

DOI:

[10.26481/spe.20081114cb](https://doi.org/10.26481/spe.20081114cb)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

**Suum Cuique? – Enkele opmerkingen
over de rechtsmachtverdeling tussen
bestuursrechter en burgerlijke rechter**

Colofon

Ontwerp en print: Océ Business Services, Maastricht

ISBN: 978-90-5681-303-1

NUR: 820

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur of uitgever.

Suum Cuique? – Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter

Ch.W. Backes

Mijnheer de Rector, waarde collega's en lieve vrienden, geachte aanwezigen,

sommigen onder u zullen wellicht enigszins verbaasd zijn geweest toen zij vernamen dat ik een zeer mooie en interessante baan in Utrecht op zou geven en naar Maastricht zou wisselen. De een of ander zal zich met name wellicht hebben afgevraagd hoezo ik in de toekomst niet meer, althans niet meer in eerste instantie, actief wil zijn op het boeiende terrein van het milieurecht in brede zin, maar mij meer met algemeen bestuursrechtelijke onderwerpen wil gaan bemoeien. Daar zijn toch al heel wat anderen goed mee bezig, hebt u wellicht gedacht. Ik zal trachten u vanmiddag daar enige verklaring voor te geven en hopelijk duidelijk te maken wat mij aan een leerstoel bestuursrecht juist in Maastricht nu zo boeit. Voorts zal ik ingaan op een onderwerp dat mij al bezig houdt sinds mijn allereerste kennismaking met het Nederlands bestuursrecht. Dat was in 1987, als proefkonijn in de LLM-opleiding „Nederlands recht voor vreemdelingen“ in Nijmegen. Een Nederlands bestuursrechtelijk leerstuk dat ik, tegen mijn Duitse juridische achtergrond, altijd wat merkwaardig en onbevredigend vond. Maar ik heb nooit gedurfd daar iets over te zeggen omdat ik altijd vermoedde dat ik het Nederlandse recht en zijn bedoelingen met betrekking tot dat leerstuk niet goed begreep. Het bleef echter dwarszitten en nu ik als benoemde hoogleraar in het Nederlands bestuursrecht het ten minste zo kan doen voorkomen als of ik er iets vanaf weet, veroorloof ik mij toch enkele bespiegelingen. Maar daarover later meer. Eerst zal ik kort enkele opmerkingen maken over het belang van rechtsvergelijking in het bestuursrecht.

I Rechtsvergelijking in het bestuursrecht – een noodzaak

Bijzonder aan de Maastrichtse rechtenfaculteit is de oriëntatie op rechtsvergelijking en Europees recht in onderwijs, maar ook in onderzoek. Juist in het milieurecht heb ik mij van het begin van mijn Nederlandse universitaire werkzaamheden nadrukkelijk beziggehouden met de invloed van het Europees recht, maar ook met rechtsvergelijking. Het milieurecht is een van de sectorale rechtsgebieden waardoor veel wordt bijgedragen aan een verdere ontwikkeling van menig algemeen Europeesrechtelijk leerstuk. Rechtsvergelijking is op een dermate intensief communautair doordrongen beleidsterrein een m.i. noodzakelijk, maar nog duidelijk verwaarloosde methode. De oriëntatie op het Europees recht en de rechtsvergelijking komt dus sterk overeen met mijn belangstelling; de

keuze voor Maastricht is dan ook geen toevallige of een die met name door geografische factoren werd bepaald.

1 Doeleinden van rechtsvergelijking

Over de nog steeds toenemende invloed van het Europees recht op het nationaal bestuursrecht en het feit dat op dat terrein steeds weer nieuwe, boeiende onderzoeksvragen opduiken, hoef ik niet veel te zeggen. Dat wordt inmiddels wel breed erkend en op de meeste faculteiten ook intensief bestudeerd. Iets minder breed erkend en bewust lijkt mij het grote belang van rechtsvergelijking in het bestuursrecht, vooral ook bij vele potentiële opdrachtgevers. Daar wil ik enkele opmerkingen aan wijden. Rechtsvergelijking wordt, ten minste in het bestuursrecht, door buitenstaanders, en daarmee bedoel ik dan door diegenen die niet aan een universiteit verbonden zijn, vaak gezien als een luxe die voor het dagelijks reilen en zeilen in bestuursrechtelijk Nederland tamelijk overbodig is en vooral bijdraagt tot het plezier van wetenschappers. Dat laatste is zeker waar¹ en zou op zich al voldoende reden zijn om substantiële ruimte voor rechtsvergelijking in te ruimen. Het plezier van wetenschappers is immers vooral gelegen in het bevredigen van de wetenschappelijke nieuwsgierigheid, het vinden van iets nieuws, het ontdekken van andere verbanden, zienswijzen en oplossingen. En het is niet alleen het plezier van wetenschappers om nieuwe ontdekkingen te doen, ook geheel los van een concrete casus uit het dagelijks (rechts) leven, het is ook één van de voornaamste taken van wetenschappelijk werkzame juristen. Ik heb het gevoel dat dat soms wel eens vergeten wordt. Los van elke praktische waarde is dus juist de rechtsvergelijking een niet alleen gerechtvaardigde, maar belangrijke wetenschappelijke methode. Juist de universiteiten zijn dé plaats hiervoor en hebben het als taak om op deze wijze bij te dragen aan het verrijken van kennis en inzicht.

Als andere doeleinden, en zo men dit nodig acht, rechtvaardigingsredenen voor rechtsvergelijking worden vaak genoemd:

- rechtsvergelijking draagt bij tot de ontwikkeling van een beter internationaal recht
- rechtsvergelijking bevordert de harmonisatie van rechtsstelsels
- rechtsvergelijking bevordert een goede verstandhouding tussen de volkeren
- rechtsvergelijking draagt bij aan een beter nationaal recht²

Veel van deze redenen lijken voor het publiekrecht, in het bijzonder het

bestuursrecht, niet zonder meer op te gaan. Internationaal bestuursrecht bestaat maar zeer rudimentair en het belang ervan is vrij beperkt. Of het een erkend doel is om de bestuursrechtelijke rechtsstelsels in de verschillende staten van de EU en wellicht ook nog daarbuiten te harmoniseren, waag ik te betwijfelen. Een dergelijke harmonisatie is ten minste mijns inziens geen doel op zich. Dat een vergelijking van het bestuursrecht van verschillende landen bijdraagt tot een betere verstandhouding tussen de volkeren is wellicht wat erg hoog gegrepen en ver gezocht. Het conflict tussen Georgië en Rusland zou niet wezenlijk anders zijn verlopen als Medwedew en Saakaschwili of hun adviseurs zich wederzijds met de vergelijking van hun bestuursrechtelijke stelsels bezig hadden gehouden. Helemaal onzinnig is het noemen van dit doel echter niet. Door voor rechtsvergelijking in onderzoek en onderwijs een vooraanstaande plaats in te ruimen wordt de mobiliteit van studenten en universitaire medewerkers bevorderd. De European Law School is daar een belangrijk voorbeeld van. Het feit dat 30% van onze rechtenstudenten van buitenlandse herkomst is bevordert naar mijn volle overtuiging niet alleen het wetenschappelijk klimaat in onze inrichting, maar ook een open en tolerante instelling van alle betrokkenen ten opzichte van andere landen en culturen. Dat kan ik niet een op een bewijzen, maar ik voel het in mijn onderwijs wel.

Blijft de stelling dat rechtsvergelijking bijdraagt, of beter gezegd, bij kan dragen tot een beter nationaal recht. Ik laat deze stelling, wat het bestuursrecht betreft, hier verder onbewezen en onbesproken. Ik hoop dat u aan het einde van mijn rede zelf een oordeel kunt velen of dat wel klopt. Wellicht laat ik u dan stemmen over de vraag of deze stelling zich vandaag heeft bewaarheid. Dus: u moet wel opletten.

2 Rechtsvergelijking en Europeanisering van het bestuursrecht

Bij de bespreking van de mogelijke voordelen van rechtsvergelijking hebben wij één aspect voorlopig nog volledig buiten beschouwing gelaten, en dat is wellicht het belangrijkste aspect. Door de toenemende Europeanisering komen de meeste van de hiervoor even besproken voordelen van rechtsvergelijking in een ander daglicht te staan. Hun belang wordt m.i. verveelvuldigd. Over het nog steeds doorzettende proces van een verdere Europeanisering zijn al zo veel bijdragen van hoge kwaliteit verschenen, dat ik dat hier als een gegeven veronderstel.³ De vakgenoten twijfelen er niet aan en de overige toehoorders kunnen het bijna dagelijks in de krant lezen. Om, ter verbeelding, enkele recente

voorbeelden te noemen die voor uw dagelijks leven (mogelijk) relevant zijn: er ligt een richtlijnvoorstel over het innen van in andere EG-lidstaten verbeurde verkeersboetes; de Dienstenrichtlijn heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat overal in de EU waar u straks een dienst wilt verrichten, u alle zaken bij een loket kunt regelen en niet van het kastje naar de muur gestuurd kunt worden. Dat betreft dus een tot nu toe erg aan de nationale autonomie overgelaten vraagstuk: de organisatie van bestuurlijke vergunningverlening en toezicht. Enkele weken geleden hebben de ministers van Binnenlandse Zaken overeenstemming bereikt over een Europese bluecard, waardoor de procedures om hoogopgeleide werknemers uit landen buiten de Europese Unie in dienst te kunnen nemen worden geharmoniseerd en de toelating van een dergelijke buitenlander in een van de lidstaten ook bindend is voor de overige lidstaten. Dit zijn allemaal recente voorbeelden van een toenemende invloed van de EU op het nationaal bestuursrecht.

2.1 Rechtsvergelijking als methode voor de ontwikkeling van Europees recht

Deze ontwikkeling nu maakt rechtsvergelijking in het bestuursrecht veel belangrijker dan het ooit was.⁴ Dat geldt in meerdere opzichten. Om te beginnen is rechtsvergelijking sinds het Algera-arrest een door het Hof van Justitie erkende en vaak beproefde methode van rechtsvinding. Europees recht wordt dus door rechtsvergelijking gevormd. Met betrekking tot vragen waarover het geschreven primair en secundair Europees recht zelf geen regeling bevat, maar waarvoor een Europeesrechtelijk antwoord onmisbaar is, schept het Hof van Justitie door middel van een vergelijking van de rechtsordes van de lidstaten nieuw Europees recht. Voor de ontwikkeling van het Europees bestuursrecht dat wederom een intensieve invloed heeft op het nationaal bestuursrecht, is rechtsvergelijking dus een onmisbaar instrument. Daarbij mag echter geen dogmatische en vooringenomen benadering worden gekozen. Het gaat er niet om zoveel mogelijk gemeenschappelijkheden te ontdekken. Harmonisatie is niet een bij voorbaat en altijd na te streven ideaal. Het gaat om de vraag of en waar zich harmonisatie feitelijk voordoet alsmede om de vraag waar dat, vooral met het oog op de zich voortdurend ontwikkelende Europese rechtsorde, noodzakelijk zou zijn, maar ook waar dat niet zo is. Het over enkele weken door Mariolina Eliantonio te verdedigen rechtsvergelijkend proefschrift over enkele kernleerstukken van het administratief procesrecht laat zien, dat mag ik al verklappen, dat van een vergaande harmonisatie met betrekking tot deze leerstukken

nauwelijks kan worden gesproken. Haar antwoord op de vraag of dat een gemis is, laat ik aan haar over. Lezing van haar proefschrift kan ik voor de bestuursrechtjuristen hier in de zaal in ieder geval aanbevelen.

Deze vorm en methode van de ontwikkeling van een *lus Commune* is een typische benadering van de Maastrichtse rechtenfaculteit. In het bestuursrecht is dat in het verleden wellicht wat weinig uit de verf gekomen. Ik hoop dat dat in de toekomst gaat veranderen. Ik ben daarom ook bijzonder blij dat het ons gelukt is om een internationaal team van auteurs bij elkaar te brengen dat in de komende maanden en waarschijnlijk ook jaren gaat werken aan een *lus Commune Casebook Administrative Law*. In dat project wordt gekeken hoe de belangrijkste bestuursrechtelijke vraagstukken die zich in alle lidstaten voordoen in wetgeving en jurisprudentie zijn opgelost van landen die voor verschillende wetsfamilies- en tradities typisch zijn. In concreto zijn dat Frankrijk, Engeland, Duitsland en Nederland. Door de vergelijking van de oplossingen die in de primaire bronnen van deze landen te vinden zijn, moet duidelijk worden in hoeverre zich voor bepaalde vragen een *ius commune* heeft ontwikkeld en voor andere niet. Dit project neemt niet het Europees recht tot vertrekpunt en kijkt dan top-down hoe dat doorwerkt in het recht der lidstaten, zoals dat bijvoorbeeld het boek van Jans c.s.⁵ doet, maar kiest de omgekeerde weg en neemt het recht in de lidstaten tot uitgangspunt. Vervolgens wordt bottom-up gekeken of door de vergelijking van verschillende nationale oplossingen een *ius commune* kan worden ontwaard. Ik ben blij dat ik samen met Rene Seerden en Mariolina Eliantonio het redactiewerk voor dit mooie project op mij mocht nemen en verheug mij op het verdere werken hieraan.

2.2 Rechtsvergelijking bij de interpretatie van Europees recht in de nationale rechtsorde

Daarnaast, en dat wordt mijns inziens nog schromelijk onderschat en veronachtzaamd, is rechtsvergelijking ook van toenemend belang als hulpmiddel bij de interpretatie van primair en secundair Europees recht. In alle 27 lidstaten is het Europees recht op vele terreinen van grote invloed en worden dagelijks tal van concrete gevallen bepaald door de toepassing van Europese rechtsnormen. Vaak zijn is dat nationaal recht dat dient ter omzetting van Europese richtlijnen, soms ook worden Europese verordeningen toegepast of is sprake van direct werkende richtlijnnormen. Juist richtlijnen bevatten, door de noodzaak om niet alleen tussen 27 lidstaten, maar ook tussen Commissie, Parlement en Raad

compromissen te sluiten en door de bijzonderheden van het Europese wetgevingsproces, niet zelden vage en moeilijk te interpreteren normen. Bovendien is de manier van omzetting en uitvoering van richtlijnen, mits aan de door het Hof gestelde minimumeisen wordt voldaan, aan de lidstaten overgelaten. Dit Europees recht moet dus dagelijks geïnterpreteerd worden en er moeten keuzes worden gemaakt bij de omzetting en toepassing. Het opmerkelijke nu is dat, hoewel de noodzaak tot interpretatie en tot het maken van keuzes in alle lidstaten aan de orde van de dag is, het lijkt alsof met betrekking tot heel wat rechtsvragen het wiel in Europa voortdurend zo niet 27 keer, maar dan toch wel heel vaak wordt uitgevonden. Hoewel rechtsvergelijking een belangrijke rol bij de interpretatie van Europese rechtsnormen zou kunnen, en mijns inziens ook zou moeten, spelen⁶, wordt dit in de praktijk nauwelijks gedaan. Indien men nationale rechterlijke uitspraken leest, althans van landen waarvan ik rechterlijke uitspraken lees, en nationale bestuursrechtelijke tijdschriften raadpleegt (want Europese bestuursrechtelijke tijdschriften zijn er nog nauwelijks), dan valt op dat de interpretatie en doorwerking van Europees richtlijnenrecht steeds als een solitaire taak van het desbetreffende land lijkt te worden beschouwd. U komt in de meer dan tien Duitse bestuursrechtelijke tijdschriften zo goed als nooit bijdragen tegen waarin wordt bericht hoe bepaalde Europeesrechtelijke interpretatievragen in andere landen worden opgelost of welke keuzes andere landen bij de omzetting van richtlijnverplichtingen maken. Ook het Nederlandse NTB, de Gemeentestem of JB+ houden zich daar zelden mee bezig. Dat is opmerkelijk. Ik geef u twee voorbeelden, beiden op terreinen waar ik in het verleden enig rechtsvergelijkend onderzoek heb verricht. Een van de voorbeelden speelt in het natuurbeschermingsrecht, het tweede in het milieurecht.

Voorbeeld Habitatrichtlijn

De omzetting en toepassing van de Habitatrichtlijn, in Duitsland Flora-, Fauna- und Habitatrichtlinie genoemd, heeft, voorzover ik heb kunnen nagaan, in alle lidstaten tot aanzienlijke politieke, maar ook juridische problemen geleid en veel vragen opgeworpen. In Duitsland ging dit, zoals bijna elk juridisch probleem van enige importantie, gepaard met een grote stroom van tijdschriftenartikelen en andere publicaties. Ik heb meer dan 5 monografieën over deze richtlijn geteld. Onder de meer dan 100 publicaties over de interpretatie van één enkel artikel van de richtlijn, art. 6 Habitatrichtlijn, is er niet één⁷ waarin enigermate systematisch wordt bekeken en besproken hoe andere landen met deze bepaling omgaan

en welke keuzes bij de omzetting worden gemaakt. Bij het bekijken van al deze, deels diepgravende, beschouwingen ontstaat de indruk alsof de Habitatrichtlijn een Duitse richtlijn zou zijn die uitsluitend in Duitsland geldt. In waarheid spelen bijna alle vragen waarover de Duitse auteurs zich het hoofd breken, evengoed in andere landen. Ook het tijdschrift voor Milieu- en Recht stond de laatste tien jaar vol met artikelen over deze richtlijn. Sinds mijn eerste eigen bijdrage in 1995 heb ik meer dan 10 artikelen geteld. Niet voor niets, want de toepassing van deze richtlijn heeft in Nederland veel problemen veroorzaakt. In geen enkel van deze artikelen wordt enigermate structureel nagegaan hoe bepaalde, moeilijk te doorgronden kernbegrippen elders worden geïnterpreteerd en hoe de toepassing in andere lidstaten verloopt. Dat is opmerkelijk. Indien centrale begrippen in een bepaling uit een Europese richtlijn onduidelijk zijn, maar hun strekking voor de rechtspraak zeer belangrijke gevolgen heeft, zou het voor de hand liggen om eens te kijken of te vragen hoe betrokkenen, bestuursorganen en vooral rechters in andere lidstaten met deze begrippen omgaan. Dat gebeurt echter niet of nauwelijks, ook niet door belanghebbenden en hun advocaten die daar wel eens veel voordeel uit zouden kunnen trekken. Het lijkt alsof er sprake is van 27 min of meer gesloten kringen waarbinnen over de betekenis van het Europees recht en de daaruit voortvloeiende eisen aan het nationaal recht en beleid wordt gedebatteerd. Zelfs als advocaten rechters erop wijzen dat het EU-Recht dat in casu beslissend is voor hun zaak in een of meerdere lidstaten anders wordt geïnterpreteerd, wordt een beroep op dergelijke buitenlandse rechtspraak vaak als niet relevant van tafel geveegd.⁸ Het is de vraag of bestuursorganen en rechters niet verplicht moeten worden geacht te motiveren waarom hun interpretatie van het Europees recht afwijkt van die van buitenlandse rechters, tenminste voorzover het gaat om buitenlandse rechtscolleges die in hoogste instantie oordelen.⁹

Voorbeeld Luchtkwaliteitsrichtlijnen

Het tweede voorbeeld betreft een tweetal richtlijnen die in Nederland in de afgelopen jaren enorme gevolgen hebben gehad en veel aandacht hebben getrokken: de richtlijnen over luchtkwaliteitseisen. Elders, onder andere in het door de VROM-Raad gepubliceerde advies Brussels Lof, is aangetoond hoe verschillend de gevolgen van deze richtlijnen in de lidstaten zijn. Overschrijdingen van de grenswaarden uit de richtlijnen komen niet alleen in Nederland voor, maar in min of meer vergelijkbare mate ook in Duitsland, België, Frankrijk, Italië, Polen en

Tsjechië en in mindere mate nog in een aantal andere EU-lidstaten. Toch is uitsluitend in Nederland sprake geweest van een veeltal van gerechtelijke procedures die niet zelden tot gevolg hadden dat beoogde infrastructurele projecten (aanleg van wegen, bedrijventerreinen, voetbalstadions en woonwijken) geen doorgang konden vinden of ernstig werden vertraagd. Het is niet makkelijk om de strekking en reikwijdte van de desbetreffende richtlijnbevestigingen te doorgronden. Jurisprudentie van het Hof van Justitie stond tot voor kort nauwelijks ter beschikking¹⁰ en geeft nog steeds op essentiële vragen geen of geen duidelijk antwoord. Omdat de luchtkwaliteitseisen zo veel stof hebben doen opwaaien en de daadwerkelijke of vermeende¹¹ gevolgen van de Europese luchtkwaliteitseisen dermate ingrijpend waren of ten minste leken te zijn, hebben regering en parlement vanaf 2004 om meerdere rechtsvergelijkende onderzoeken gevraagd.¹² Daarin werd duidelijk dat er enorme verschillen bestaan bij de omzetting, maar vooral ook bij de toepassing en rechterlijke toetsing van besluiten aan luchtkwaliteitseisen. Ik ga de resultaten van deze onderzoeken hier niet allemaal herhalen. Belangrijk is dat blijkt dat, hoewel de richtlijnen in alle onderzochte lidstaten correct in nationaal recht lijken te zijn omgezet, de harmonisatie die met de richtlijnen is beoogd op geen enkele manier wordt bereikt. Alleen al door verschillen in hoe feitelijk de luchtkwaliteit wordt gemeten en berekend werden bijvoorbeeld in Wallonië grenswaarden toegepast die 50% strenger waren dan in Frankrijk. Interessant is dat verschillen in het bestuursprocesrecht tussen de lidstaten de oorzaak zijn van feitelijk aanzienlijk afwijkende grenswaarden. Aan de grenswaarden voor luchtkwaliteit moet overal in de buitenlucht worden voldaan.¹³ Dat stond niet alleen altijd al letterlijk in de richtlijnen, maar is in art. 2 sub 1 jo. Bijlage III sub A 2 van de nieuwe Kaderrichtlijn luchtkwaliteit (Richtlijn 2008/50/EG) nog eens onmiskenbaar benadrukt. In Duitsland en Oostenrijk wordt echter geenszins verzekerd dat overal aan de eisen van de richtlijn wordt voldaan. In deze lidstaten geldt, zoals de meeste aanwezige bestuursrechtjuristen bekend zal zijn, het Schutznorm- of relativiteitsvereiste voor de toegang naar de bestuursrechter, maar ook voor omvang van de toetsing van een besluit. Het feit dat de luchtkwaliteit niet voldoende is, kan bij de rechter uitsluitend aangevoerd worden voorzover het niet voldoen aan deze eisen strijd oplevert met bepalingen die rechten van betrokkene beschermen. Dat werd en wordt door Duitse en Oostenrijkse rechters aldus uitgelegd dat een beroep op luchtkwaliteitseisen slechts mogelijk is met betrekking tot terreinen of gebouwen waarin betrokkene zich regelmatig voor een periode ophoudt

die met betrekking tot de desbetreffende grenswaarde voldoende lang is. De richtlijnen kennen uur-, dag en jaargrenswaarden. Volgens de Oostenrijkse en Duitse rechters hoeft dus niet te worden aangetoond dat aan de grenswaarden wordt voldaan op plekken waar appellanten niet regelmatig minstens een of enkele uren aanwezig zijn. Nu dat niet hoeft te worden aangetoond, vergaren bestuursorganen daar ook geen kennis over en onderbouwen hun besluiten niet met overwegingen over de luchtkwaliteit op plekken waar, kort gezegd, geen mensen wonen of zich anderszins regelmatig langere tijd ophouden. Er wordt dus niet bekeken of daar aan de grenswaarden wordt voldaan, of, anders gezegd: feitelijk hoeft niet overal aan de grenswaarden te worden voldaan. Zo bepaalde bijvoorbeeld de hoogste Oostenrijkse bestuursrechter, het Verwaltungsgerichtshof, in zijn „Erkenntnis“ van 16 februari 2005 dat de luchtkwaliteit aan de grens van de gronden van appellante niet hoefde te worden gemeten of anderszins bepaald nu het in casu ging om een stuk grond met een weekeindverblijf daarop waarin de klaagster slechts een beperkt deel van het jaar verbleef. Voor het Verwaltungsgerichtshof blijktbaar een te beperkt deel van het jaar om aanspraak te kunnen maken op bescherming tegen een overschrijding van de jaargrenswaarden uit de richtlijnen. Nu is bekend dat de concentratie van bijvoorbeeld PM₁₀-immissies of NO₂-immissies met toenemende afstand van een weg sterk afneemt. Op 15 of 100 meter afstand van een weg zijn de feitelijke belastingen met deze stoffen al veel lager dan op 4 meter uit het midden van de rechter rijstrook. Dat laatste is het punt waar zich een verkeersgerelateerd meetpunt volgens bijlage VI bij richtlijn 1999/30/EG zou moeten bevinden. Gelukkig staan de meeste huizen echter niet op 4 meter afstand van het midden van de rechter rijstrook van een weg en ook niet pal naast tunnelmondingen. Het resultaat is dus dat op grond van verschillen in het bestuursprocesrecht de grenswaarden waaraan in een lidstaat feitelijk moet worden voldaan nogal hevig verschillen. Een daaruit voortvloeiende conclusie is dat het doel van de desbetreffende richtlijnen overal binnen de EU een zelfde minimale luchtkwaliteit te waarborgen bij lange na niet wordt bereikt. Een ander resultaat is dat deze verschillen door de controle-instrumenten waarover het Europees recht beschikt niet, of hooguit per toeval worden ontdekt.

2.3 Conclusie: ninder regels, meer rechtsvergelijking

Deze resultaten van rechtsvergelijkend onderzoek werpen een aantal vragen op. Een eerste, vrij fundamentele vraag is of EG-regelgeving die haar doelstelling van harmonisatie van minimale luchtkwaliteitseisen bij

lange na niet bereikt met het oog op het subsidiariteitsbeginsel eigenlijk wel te rechtvaardigen valt. Een tweede vraag is of de controle door de Europese instanties eigenlijk wel terecht voornamelijk is geconcentreerd op en beperkt tot een controle van de omzetting van richtlijnbepalingen in nationaal recht.¹⁴ Voor het uiteindelijk resultaat dat met Europese richtlijnen wordt bereikt is de feitelijke toepassing en handhaving van op richtlijnen berustend nationaal recht, inclusief de rechtsbescherming die in dit verband geboden wordt, minstens even belangrijk als een correcte omzetting van de richtlijn in nationaal recht.¹⁵ Dat wordt ook door de Commissie zelf erkend en steeds meer benadrukt.¹⁶ Ook wordt de vraag opgeworpen of het niet beter zou zijn minder richtlijnen uit te vaardigen, maar hun werking in de lidstaten vervolgens ook voldoende te evalueren.

Naast vele vragen kan uit dergelijk onderzoek echter ook een belangrijke conclusie worden getrokken, en daar gaat het mij vandaag om. Rechtsvergelijkend onderzoek is juist in het licht van een toenemende Europeanisering van het bestuursrecht van het allergrootste belang, maar wordt naar mijn volle overtuiging veel te weinig uitgevoerd. Het gaat daarbij niet slechts om het vermeerderen van wetenschappelijk interessante kennis en inzicht, maar om een belangrijk, sterk onderbelicht aspect van Europees recht en beleid. De sociaal-functionale methode zou bij dergelijk rechtsvergelijkend onderzoek dan ook een belangrijke rol moeten spelen.¹⁷ Een vraag zou kunnen zijn waarom zo relatief weinig rechtsvergelijkend wordt gekeken hoe Europees recht in de verschillende lidstaten door- en uitwerkt. Daar zijn enkele voor de hand liggende redenen voor. Bestuursorganen zelf hebben daar meestal niet de tijd en de middelen voor. Rechterlijke colleges zien dit blijkbaar niet als hun taak en hebben eveneens hiervoor geen tijdscontingenten in hun werklastberekeningen voorzien. Blijkbaar zijn er ook weinig cliënten die hun advocaten vragen om eens te kijken hoe met hun probleem in andere lidstaten wordt omgegaan. Ik zie het daarom als een belangrijke taak van de wetenschap om in deze lacune tenminste voor een deel te voorzien. Wetenschappelijke kennisverrijking en praktisch nut gaan hier hand in hand. Te hopen is alleen dat ook externe financiers en met name de verstrekkers van gelden in de zogenaamde tweede geldstroom het wezenlijk belang van dergelijk rechtsvergelijkend onderzoek inzien.

II Rechtsmachtverdeling tussen bestuurs- en burgerlijke rechter

1. Inleiding

Diegenen die op de uitnodiging tot deze plechtigheid de titel van deze rede oplettend hebben gelezen, zullen zo langzamerhand wellicht een beetje onrustig worden. Immers, over het daar aangekondigde thema, de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter heb ik nog niets gezegd en de helft van de tijd is al bijna om. Dat is echter met opzet gebeurd, nu ik u ook wilde proberen duidelijk te maken waarom rechtsvergelijking juist door de toenemende Europeanisering van het bestuursrecht zo belangrijk is geworden en mij aan het hart ligt. De Europeanisering van het bestuursrecht speelt bij de rechtsmachtverdeling tussen bestuurs- en burgerlijke rechter echter zo goed als geen rol. Rechtsvergelijking is uiteraard wel mogelijk en dat zal ik ook doen. De kundige lezer zal zich wellicht afvragen of de keuze voor dit thema verantwoord is. Daar is immers al veel over geschreven. Sinds de befaamde geleerdenstrijd tussen Loeff en Struycken meer dan 100 jaar geleden¹⁸ heeft bijna iedere bestuursrechtjurist van naam zich over dit thema gebogen, zijn er preadviezen aan gewijd,¹⁹ zijn er proefschriften²⁰ en, nog redelijk recent bijvoorbeeld door collega Schlössels,²¹ ook redes over gehouden. Een uitgekauwd onderwerp met weinig perspectief? Ook rechtsvergelijkende bespiegelingen zijn er al voldoende. Naast meerdere goed onderbouwde overzichten van A.J. Bok²² en Banda²³ heeft vooral mijn Maastrichtse collega Nico Verheij in 1994 exact over dit thema een uitstekend preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking geschreven. Een boek van bijzonder hoge kwaliteit, zoals bij deze auteur gebruikelijk en heel plezierig te lezen. Ik meen echter dat er toch alle aanleiding is om nogmaals naar de rechtsmachtverdeling tussen bestuurs- en burgerlijke rechter te kijken. Ten eerste heb ik daar een heel persoonlijke reden voor. Toen ik ruim twintig jaar geleden voor het eerst kennis maakte met het Nederlands bestuursrecht, heb ik mij enigszins verbaasd over de toen geldende regels dienaangaande. In de afgelopen twintig jaar is dit leerstuk zeker verder ontwikkeld. Mijn lichte verbazing is echter niet af-, maar eerder toegenomen. Met veel energie en tegen hoge maatschappelijke kosten werd binnen het systeem van wat wordt genoemd het „besluitenprocesrecht“ gesleuteld om de ergste tekortkomingen op te lossen. Dat heeft meer dan een keer geleid tot nieuwe problemen, complicaties en nieuwe tekortkomingen. Juist door te proberen op basis van het besluitbegrip tot een zinnige verdeling

van rechtsmacht te komen is dit dagelijks relevante leerstuk bijzonder ingewikkeld en moeilijk hanteerbaar geworden. De Commissie Scheltema constateert in haar voorontwerp voor een nieuw schadevergoedingsrecht dat “zonder gespecialiseerde (en dus dure) juridische bijstand ... het in de meeste gevallen niet goed uit te maken(is) bij welke rechter men in een bepaald geval terecht moet”²⁴ En dan gaat het inhoudelijk nog om niets, maar alleen om de vraag welke rechter moet oordelen. Schlössels heeft het als typisch Nederlands gekwalificeerd, dat pragmatisch aan een ontoereikend systeem steeds verder wordt gerepareerd, maar men heel huiverig is om voorstellen tot principiëlere wijzigingen van dit systeem, ook al worden die op zich positief gewaardeerd, serieus te overwegen.²⁵ Ik weet niet of dit typisch Nederlands is of niet eerder algemeen menselijk of tenminste typisch voor juristen. Wellicht ben ik inmiddels ook al te Nederlands om dit goed te kunnen beoordelen. Hoe dan ook: mijn aanvankelijke lichte verbazing is gebleven en noodzaakt tot deze beschouwingen.

Belangrijker echter is een tweede, meer actuele reden: het in mei 2007 door de studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, kort, maar weinig onderscheidend,²⁶ Commissie Scheltema genoemd, gepubliceerde voorontwerp voor een geheel nieuwe regeling van de overheidsaansprakelijkheid. Daarbij wordt een ingrijpende wijziging van het schadevergoedingsrecht voorgesteld die tot een andere verdeling van de rechtsmacht tot beoordeling van geschillen op dit terrein zal leiden. De rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter staat dus thans voor een niet onbelangrijk deel van het bestuursrecht ter discussie. Zoals hierna nog toe te lichten vrees ik dat, mochten de op het eerste oog deels aantrekkelijke voorstellen van deze commissie tot wet worden verheven, de principiëlere discussie omtrent de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter voor vele jaren en wellicht vele decennia gesloten wordt verklaard²⁷ zonder dat goed is gekeken naar de kritiek op de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling en zonder dat de reeds gedane voorstellen tot verandering voldoende serieus zijn gewogen. Het is een beetje nu (nog) of (voorlopig) nooit meer. Een derde reden zijn de voorstellen van de Commissie Scheltema zelf. Voor een belangrijk deel zijn deze voorstellen in de literatuur terecht positief ontvangen. Dat betreft vooral het onderwerp nadeelcompensatie. Iets kritischere geluiden zijn te horen over de voorstellen met betrekking tot schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen. Mij

interesseert vandaag vooral welke gevolgen de voorstellen van de Commissie zullen hebben in het licht van de algemene discussie over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Ik denk dat het noodzakelijk is om vanuit die bredere invalshoek enkele kanttekeningen bij het voorontwerp te plaatsen.

2. Stand van zaken – voor en nadelen van de rechtsmachtverdeling thans

2.1 Huidige rechtsmachtverdeling

Laten wij heel kort de huidige situatie en de voorstellen van de Commissie Scheltema in hoofdlijnen de revue passeren, met name om de niet juristen onder u in staat te stellen het verhaal te kunnen volgen. Beroep bij de administratieve rechter is ingevolge art. 8:1 Awb hoofdzakelijk mogelijk tegen beschikkingen en besluiten van algemene strekking, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Het gaat dus om die overheidshandelingen die hun neerslag hebben gevonden in een schriftelijk beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Daarmee staat geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter open tegen feitelijke handelingen van bestuursorganen op het gebied van het publiekrecht, rechtshandelingen van bestuursorganen, al dan niet schriftelijk naar burgerlijk recht en daarmee samenhangende voorbereidingsbesluiten en goedkeuringen, alsmede enkele soorten publiekrechtelijke besluiten, zoals beleidsregels, algemeen verbindende voorschriften of expliciet van beroep uitgesloten besluiten. Slechts tegen een deel van het handelen van de overheid staat dus rechtsbescherming bij de speciaal tot de beoordeling van overheidshandelen bevoegde rechter open, voor een ander deel van het overheidshandelen moet men zich tot de civiele rechter wenden. Als de politie een bevel tot ontruiming van een pand slechts mondeling via een megafoon geeft, gaat het om feitelijk handelen dat door de burgerlijke rechter beoordeeld wordt. Geeft de politie iets meer tijd, zet zij het bevel tot ontruiming op schrift en handigt dat over aan betrokkenen, dan gaat het om een beschikking waartegen rechtsbescherming bij de administratieve rechter open staat.²⁸

De VAR-Commissie Rechtsbescherming heeft dat in 2004 aldus samengevat dat tegen de kern van het bestuursrecht rechtsbescherming bij de bestuursrechter open staat, maar tegen het “omringende

bestuursrecht” niet. Was dat maar zo! Dan zou een deel van de bezwaren tegen het huidige stelsel niet meer gelden. Ik beschouw echter een door een megafoon gegeven bevel tot ontruiming van een pand en stokslagen door politieambtenaren bij een demonstratie evengoed als door en door bestuursrechtelijke bevoegdheidsuitoefening en geschillen daaromtrent als geschillen omtrent de kern van het bestuursrecht. De Commissie kan tot haar andersluidende opvatting alleen komen door de definitie van het begrip “kern” aldus te kiezen dat deze bijna letterlijk overeenkomt met het besluitbegrip. Tot de kern van het bestuursrecht behoren volgens de Commissie handelingen van bestuursorganen

- krachtens op de wet berustende bevoegdheden
- in vorm van schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandelingen die strekken tot
- het eenzijdig vaststellen van de rechtspositie van de burger.²⁹

Het verbaast niet dat de Commissie bij hantering van een dergelijke definitie tot de conclusie komt dat rechtsbescherming met betrekking tot de kern van bestuursrechtelijk handelen ook hedentendage wel bij de bestuursrechter kan worden verkregen. Het moge duidelijk zijn dat ik de definitie van “kern van het bestuursrechtelijk handelen” en dus ook de aansluitende conclusie niet deel. Zo men een kern van bestuursrechtelijk handelen en “omringend bestuurshandelen” wil onderscheiden, wordt de kern gekenmerkt door de gezagsverhouding en het eenzijdig bepalen van rechten en plichten door het bestuur. De genoemde voorbeelden van niet schriftelijke, maar wel overduidelijk eenzijdige beslissingen van bestuursorganen vallen dan mijn inziens ook duidelijk onder wat men als de kern van bestuursrechtelijk handelen zou moeten beschouwen.

2.2 Voordelen van de huidige situatie

Deze rechtsmachtverdeling heeft voor- en nadelen.³⁰ De lijst van de voordelen is niet erg lang. Collega Schlössels moest, volgens eigen zeggen, zijn best doen, om enkele punten op te kunnen sommen.³¹ Als voordelen worden genoemd de grotere deskundigheid van de burgerlijke rechter met betrekking tot vermogensrechtelijke vragen, aansluiting bij een lange traditie, meer mogelijkheden van de burgerlijke rechter om geschillen definitief te beslechten, een te grote toename van de werkdruk van de bestuursrechter, alsmede de (relatieve) duidelijkheid van de „magische lijn” tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Het eerste argument is zeer betrekkelijk. Ten eerste kan de bestuursrechter voldoende deskundigheid op vermogensrechtelijk terrein verwerven en heeft hij dat, onder andere door de jurisprudentie over (zuivere) schadebesluiten, in de

afgelopen jaren ook gedaan. Ook buiten de schadebesluiten heeft de bestuursrechter, door de erkenning van ongeschreven rechtsbeginselen, zoals onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking als „beginselen van publiekrechtelijke aard“ al aanzienlijke stappen gezet tot ontwikkeling van een publiekrechtelijk vermogensrecht. Deze stappen gaan verder dan menigeen met het oog op het nauwe keurslijf van het besluitprocesrecht had verwacht. Wezenlijke kritiek op een materieel onjuiste invulling van een dergelijk publiekrechtelijk vermogensrecht is mij niet bekend.³²

Het tweede argument komt neer op een principe-conservatisme en heeft daarom geen overtuigingskracht. Hoewel de rechtsmachtverdeling in Nederland al vele decennia door het besluitbegrip wordt bepaald, is inmiddels ook al enkele decennia duidelijk dat dit zeer ongewenste resultaten oplevert. Wie aan een slecht systeem wil vasthouden alleen omdat het het bestaande systeem is, zal door de gang van de geschiedenis uiteindelijk weggespoeld worden. Het derde argument is op zich wel waar, maar eveneens niet overtuigend. Dat de bestuursrechter thans onvoldoende mogelijkheden tot definitieve geschilbeslechting heeft ligt nu juist vooral aan de beperkingen die het besluitenprocesrecht met zich brengt. Uiteraard moeten de processuele instrumenten en uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter uitgebreid worden indien zijn rechtsmacht zich in de toekomst tot andere soorten publiekrechtelijke geschillen dan die over besluiten uitstrekt. Dat thans dergelijke instrumenten ontbreken is echter geen argument om de rechtsmachtverdeling dan ook maar zo te houden als ze is.

Verheij heeft ervoor gewaarschuwd dat bij een principiële verschuiving van de magische lijn „de bestuursrechter zou moeten gaan oordelen over een niet overzienbare categorie feitelijke handelingen van het bestuur.“³³ Dat lijkt hem blijkbaar een niet te verantwoorden belasting van die rechter tot gevolg te hebben. De vraag moet zijn geoorloofd of de burgerlijke rechter thans dus is overbelast met het beoordelen van het feitelijke handelen van het bestuur? Als dat niet zo is, kan het overhevelen van deze taak ook niet zo dramatische gevolgen hebben, tenzij men verwacht dat de laagdrempeligheid van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming een groot verschil van het aantal rechtszoekenden tot gevolg zou hebben. Dat zou dan m.i. echter een reden zijn die er juist vóór pleit om de bestuursrechter bevoegd te maken over feitelijke bestuurshandelen te oordelen. Laagdrempeligheid van de rechtsbescherming is immers een van de kenmerken waarom een eigen bestuursrechter wenselijk wordt

geacht bij geschillen tegen de overheid. Waarom dat wel wenselijk is voor de rechtsbescherming tegen een bouwvergunning, maar niet ten aanzien van de rechtsbescherming tegen feitelijk politieoptreden is mij niet duidelijk.

Blijft het voornaamste voordeel dat zou kunnen worden verbonden aan de bestaande rechtsmachtverdeling: een, althans in theorie, redelijk duidelijke en enigermate eenvoudig te hanteren afgrenzing. Dat zou geen onbelangrijk voordeel zijn, nu de keuze voor de juiste rechtsweg een zich dagelijks voordoend vraagstuk is. Het vinden van het juiste antwoord mag appellanten, maar ook rechters geen hoofdbrekens kosten. Een ieder die in het bestuursrecht enigermate thuis is weet echter, dat dit doel slechts zeer gedeeltelijk en steeds minder wordt bereikt. Het is niet bij voorbaat inzichtelijk waarom een student tegen de vaststelling van een tentamenresultaat door de examencommissie van zijn faculteit uiteindelijk bij de bestuursrechter kan opkomen, tegen een bindend studieadvies van dezelfde examencommissie echter naar de burgerlijke rechter moet. Dat resultaat is in het gekozen systeem van de rechtsmachtverdeling wel juist, maar het feit dat er heel wat jurisprudentie nodig was³⁴ om dit duidelijk te maken bewijst dat het niet een voor de hand liggend resultaat is. Of daarmee ook een inhoudelijk zinvolle en overtuigende rechtsmachtverdeling is gevonden mag worden betwijfeld. Er zijn inmiddels talrijke voorbeelden waarin de bestuursrechter door een extensieve interpretatie van het besluitbegrip zijn bevoegdheid heeft uitgebreid. Dat is gebeurd met zo'n beetje alle kenmerken die het besluitbegrip rijk is. Het schriftelijkheidsvereiste is opgerekt. Zo werd een tijd lang³⁵ een mondelinge mededeling als (een weigering tot het nemen van een) schriftelijk besluit beschouwd, indien een bepaalde soort beslissingen normalerwijze schriftelijk gegeven wordt.³⁶ Mededelingen die niet op rechtsgevolg zijn gericht, dus eigenlijk geen rechtshandeling zijn en dus ook geen besluit, werden strategisch bestempeld dat wel te zijn, omdat men het zinvol vond daartegen rechtsbescherming door de bestuursrechter te verlenen. Het heeft wel wat jaren aan jurisprudentie gekost voordat duidelijk was tegen welke "rechtsoordelen" men nu wel of niet bij de bestuursrechter kon opkomen.³⁷ En indien er geen duidelijke wettelijke bevoegdheidsgrondslag was om van een publiekrechtelijke rechtshandeling te kunnen spreken, werd en wordt ook wel een de publieke taak³⁸ of een rechtsbeginsel³⁹ voldoende geacht, soms echter ook weer niet. Ten slotte worden feitelijke overheidshandelingen die aan een besluit voorafgaan of een besluit

opvolgen soms als onzelfstandig en met het besluit samenhangend beschouwd zodat de bestuursrechter daarover in het kader van het beroep tegen het besluit oordeelt, en de burgerlijke in zoverre de leer van de formele rechtskracht⁴⁰ toepast.⁴¹ Er zal weinig discussie bestaan over de stelling dat het besluitbegrip veel afgrenzingsvragen opwerpt, of, beter gezegd, dat de rechtspraak deze afgrenzingsvragen heeft opgeworpen omdat het besluitbegrip als toegangspoort voor de rechtsbescherming door de bestuursrechter te knellend werd geacht en dus verruimd moest worden. Van een voor de rechtszoekende makkelijk te hanteren en eenduidig kader kan niemand meer spreken. Daarmee is het belangrijkste voordeel dat het besluitbegrip als wissel voor het juiste rechtsbeschermingsspoor had of had moeten hebben als sneeuw onder de zon verdwenen. Als een wissel bij een deel van de treinen die deze wissel passeren slechts functioneert als men daar zeer langzaam en zorgvuldig overheen rijdt en het ook regelmatig tot ontsporingen komt, behoort de wissel te worden vervangen.

Soms wordt het besluit als afgrenzingscriterium ook nog met andere positieve eigenschappen in verband gebracht, zoals de laagdrempelige toegang, de actieve rechter enz. Dat zijn echter allemaal voordelen van de bestuursrechtspraak en geen voordelen van het besluitbegrip als afgrenzingscriterium.⁴²

2.3 Nadelen van de rechtsmachtverdeling in het Schadevergoedingsrecht

Bekend en al vaak besproken is ook dat op het terrein van het schadevergoedingsrecht juist door het oprekken van de grenzen van de rechtsmacht door de bestuursrechter, maar ook door een zeer aarzelende wetgever een rechtsmachtverdeling is ontstaan die alles behalve van eenvoudig is. Dat hoeft hier niet nog eens te worden toegelicht. Ik volsta met het citeren van de titels van enkele wetenschappelijke verhandelingen hierover waarin wordt gesproken van „een doolhof“ , een „labyrint“,⁴⁴ „chaos“⁴⁵ of een oplossing „tot schade van allen“⁴⁶ Van Ettekoven heeft in zijn interventie op de VAR-vergadering in 1999 zeer sprekende voorbeelden uit de praktijk aangehaald en kwam tot de conclusie dat de bestuursrechter op grond van de ondoelmatige rechtsmachtverdeling in het overheidsaansprakelijkheidsrecht geen effectieve rechtsbescherming biedt, terwijl dat eigenlijk zijn taak zou moeten zijn.⁴⁷ Ook lijkt mij illustratief dat wij in het bachelor-onderwijs staats- en bestuursrecht twee hele bijeenkomsten nodig hebben om

de gecompliceerde rechtsmachtverdeling aan studenten uit te leggen. Aan alle overige, eigenlijk veel belangrijkere materiële aspecten van het schadevergoedingsrecht komen wij daardoor niet of nauwelijks toe. Nu is het uitleggen van dermate gecompliceerde juridische gebouwen als de rechtsmachtverdeling in het schadevergoedingsrecht een uitdaging voor iedere docent en tenminste voor mij ook iedere keer weer een plezier,⁴⁸ maar dat reken ik toch maar niet tot de voordelen van de gekozen oplossing en kan ook geen rechtvaardiging zijn om de gekozen oplossing te continueren. Het feit dat de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter uiterst complex is en tot gewrongen juridische constructies leidt was immers de hoofddreden om opdracht aan de Commissie Scheltema te verstrekken om naar nieuwe oplossingen te zoeken.

Motieven voor de rechtsmachtverdeling niet consequent omgezet

Een ander nadeel van de Nederlandse regelingen is dat de motieven die aan de keuze voor een eigen bestuursrechtspraak ten grondslag liggen uiteindelijk niet bepalend zijn voor de rechtsmachtverdeling. Met ander woorden: het verloop van de “magische lijn” is grillig en berust niet op inzichtelijke motieven. Als redenen voor de principiële keuze om te voorzien in een bestuursrechter worden onder andere genoemd: het doel om bestuurshandelen te toetsen en niet om een rechtsbetrekking vast te stellen, het veel voorkomen van derden belanghebbenden, de noodzaak van een laagdrempelige toegang, procesrechtelijke ongelijkheidscompensatie en de noodzaak tot specialisatie (bijzondere deskundigheid).⁴⁹ In dit verband zijn ook de eisen van het Europees recht van belang. De rechtsbescherming tegen de Nederlandse overheid dient er in nog steeds toenemende mate mede toe om uit richtlijnen voortvloeiende rechten tot gelding te brengen en om aan Europese verplichtingen te voldoen. Een stelsel dat uitsluitend ter bescherming van subjectieve rechten van burgers dient past daar niet bij. Dat een dogmatisch strikt gehanteerd stelsel van subjectieve rechtsbescherming tot EG-rechtelijk problematische uitkomsten leidt laat het Duitse recht⁵⁰ zien. Deze argumenten voor een eigen bestuursrechter gelden echter evengoed voor niet op schrift gestelde handelingen van bestuursorganen. Ook al wordt een besluit niet op schrift gesteld of gaat het om ander puur feitelijk bestuursrechtelijk handelen, is voor de beoordeling van dat handelen evengoed kennis van en inzicht in het algemene en bijzondere bestuursrecht vereist en bestaat evengoed de wenselijkheid van een laagdrempelige toegang en de noodzaak van ongelijkheidscompensatie. Verheij heeft in dit verband als sprekend voorbeeld gewezen op de

blijvende indruk die de inhuldiging van koningin Beatrix op hem heeft gemaakt: niet zozeer vanwege de koningin of de bijbehorende koets, maar vanwege de dreigende slag met een politiestok die hij nog ternauwernood kon ontwijken. Iets meer publiekrechtelijks dan een dergelijk daadkrachtig bevel tot het zich verwijderen van een bepaalde openbare plek is nauwelijks voor te stellen, aldus Verheij. Is er daadwerkelijk iemand die vindt dat de rechtsbescherming tegen dergelijk overheidshandelen voor betrokkene aanzienlijk duurder mag zijn en met aanzienlijk meer kostenrisico's mag zijn verbonden dan de rechtsbescherming tegen de weigering van een vergunning op grond van de Wet milieubeheer? Toch beoordeelt de burgerlijke rechter of dergelijk politiehandelen rechtmatig is. Dat is, anders dan om zogenoemde historische redenen, moeilijk te begrijpen en mijns inziens ook moeilijk te verdedigen. De motieven die bepalend zijn voor de keuze voor een eigen bestuursrechter bepalen dus niet, waar de scheidslijn tussen beide rechters verloopt.

Geen samenhangende beoordeling van samenhangende feitencomplexen mogelijk

Een belangrijk nadeel is ook dat samenhangende geschillen door verschillende rechters worden beoordeeld. Een „school“voorbeeld is het geschil omtrent schadevergoeding na het doorsteken van een dijk ter voorkoming van overstromingen. Een deel van de schadevergoeding berustte op een nadeelcompensatieregeling, een beleidsregel dus. In zoverre is een besluit omtrent een schadevergoedingsverzoek een zuiver schadebesluit ten aanzien waarvan aan het vereiste van dubbele connexiteit is voldaan. Rechtsbescherming bij de bestuursrechter dus. Er werd echter daarbovenuitgaand met goede redenen een hogere schadevergoeding gevraagd dan op grond van deze beleidsregel mogelijk was. Inzoverre ging het, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak, om een schadebesluit zonder een grondslag in een beleidsregel. Omdat de schadeoorzaak feitelijk handelen was en dus niet voldaan werd aan de eis van dubbele connexiteit, was inzoverre de burgerlijke rechter bevoegd.⁵¹ Een en hetzelfde schadevergoedingsverzoek vanwege een en hetzelfde handelen wordt dus in Nederland door bekwame (bestuursrecht)juristen gesplitst in twee delen. Rechtszoekenden worden daarvoor naar twee rechters gestuurd. En zij worden geacht dat ook nog te weten, zonder advocaat natuurlijk. Dat kan ik aan studenten wel uitleggen, maar niet zonder mij te schamen voor „mijn“ rechtsgebied. Collega Verheij heeft dit terecht als „onverteerbaar“ gekwalificeerd.⁵²

Gaan wij voor een ander voorbeeld met meer inhoudelijke consequenties nog een keer terug naar de luchtkwaliteit. De luchtkwaliteit moet volgens de richtlijnen vooral worden verbeterd door middel van plannen met pakketten van maatregelen die het bestuur wil nemen. Het Hof van Justitie heeft onlangs nog eens bevestigd dat de burger, indien de grenswaarden worden overschreden of dreigen te worden overschreden, bij de rechter het opstellen van een dergelijk plan, maar ook een inhoudelijke beoordeling van de daarin voorziene maatregelen moet kunnen eisen.⁵³ Dat lijken mij typisch bestuursrechtelijke vragen. In Nederland staat daarvoor echter niet de weg naar de administratieve rechter open, maar moet rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter worden gezocht. Een dergelijk plan is en bevat immers geen besluiten. Dat het wellicht niet zo zinvol is om de burgerlijke rechter te belasten met de interpretatie van de desbetreffende milieurechtelijke richtlijnen en Nederlandse bestuurswetgeving is één aspect. Maar daar gaat het mij nu even niet om. Hier is belangrijk dat de plannen en maatregelenprogramma's niet op zich staan. Bepalend voor de luchtkwaliteit zijn niet alleen mooie plannen (en vooral de daarin voorziene maatregelen), maar ook concrete besluiten over de toelating van projecten met luchtvervuilende gevolgen. Die besluiten worden echter door de bestuursrechter beoordeeld. Concrete besluiten en maatregelen-programma's staan niet alleen feitelijk, maar ook juridisch in nauwe samenhang. Ook voor een oordeel over concrete besluiten met luchtverontreinigende gevolgen moeten dezelfde nationale en Europese rechtsnormen toegepast en geïnterpreteerd worden. Wie de ontwikkelingen op dit terrein in de afgelopen jaren heeft gevolgd, weet dat dit niet makkelijk is en het de administratieve rechter (uiteeraard) heel wat tijd heeft gekost de nodige deskundigheid hiervoor op te bouwen. Het lijkt mij niet zinvol om de rechtsbescherming over twee feitelijk en juridisch zo nauw met elkaar verweven vragen bij twee verschillende rechters te positioneren.⁵⁴ Dat is, gezien de vereiste deskundigheid, niet efficiënt, houdt het gevaar van tegengestelde uitspraken over dezelfde vragen in en vergt dan ook extra afstemming. Het hier gesignaleerde nadeel van het uit elkaar scheuren van in de maatschappelijke werkelijkheid samenhangende vraagstukken levert dus twee argumenten tegen een dergelijke rechtsmachtverdeling op. Ten eerste moet de rechterlijke deskundigheid twee keer worden opgebouwd en bij gehouden. Ten tweede wordt het gevaar van afwijkende oordelen geprovoceerd en worden weer extra rechtseenheidsvoorzieningen, in welke vorm dan ook, nodig.

Samengevat: het besluitbegrip als hét criterium voor de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter deugt niet: het is, anders dan oorspronkelijk beoogd, niet duidelijk, leidt tot gewrongen constructies, sluit niet aan bij de motieven voor een aparte bestuursrechtspraak, leidt tot opbouw van dubbele deskundigheid en daarmee verbonden de noodzaak tot afstemming, maakt het onmogelijk om feitelijk samenhangende problemen ook samenhangend te beoordelen en heeft tot gevolg dat met een daarvoor ongeschikt en op besluiten afgestemd procesrecht moet worden geoordeeld over kunstvol of minder kunstvol als besluiten verpakte schuldvorderingen (zuiver schadebesluiten, terugvordering etc.) en rechtsbetrekkingen (rechtsoordeel-jurisprudentie). Een laatste,⁵⁵ in de discussie tot nu toe weinig belicht aspect komt erbij. Uit eigen onderzoek blijkt dat geen juridisch niet geschoolde burger zou verwachten dat men zich slechts tegen schriftelijke beslissingen van de overheid tot de bestuursrechter kan wenden, in andere gevallen van meningsverschillen op het gebied van het publiekrecht echter naar de burgerlijke rechter moet. Hoewel de omvang van dit eigen onderzoek veel te beperkt is om het wetenschappelijk te noemen, lijkt mij de uitkomst daarvan toch als vaststaand te kunnen worden aangenomen: het ligt immers voor de hand dat de rechtsmachtverdeling in het Nederlandse recht niet voor de hand ligt. Als het recht echter afwijkt van hetgeen de rechtszoekende verwacht, moeten daarvoor belangrijke redenen zijn aan te voeren. *Quod non*. In 2004 constateerde de VAR-Commissie rechtsbescherming dan ook al: “Er tekent zich een draagvlak af om het besluitmodel in ieder geval op termijn en gedeeltelijk te verlaten.”⁵⁶ Daar vanuit gaande rijst de vraag wat de gewenste termijn is en of een gedeeltelijk verlaten voldoende is.

3. Commissie Scheltema

Zoals al gezegd heeft de Commissie Scheltema in mei 2007 het voorontwerp voor een wet Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad (hierna “voorontwerp” genoemd) gepubliceerd.⁵⁷ De in dit voorontwerp gedane voorstellen zijn voor het hier besproken thema van groot belang. De Commissie had als opdracht om een beter stelsel voor de aansprakelijkheid van de overheid te ontwerpen, niet om ten principale na te denken over de relatie tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Tot die opdracht heeft zij zich dan ook beperkt. Haar voorstellen brengen echter ten eerste, beperkt tot het terrein van de aansprakelijkheid van de overheid, belangrijke

verschuivingen in de „magische lijn“ tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter aan die op zich al de aandacht vergen. Ten tweede, en dat is wellicht nog belangrijker, zal, worden de voorstellen van de Commissie opgevolgd, de principiële discussie over de rechtsmachtverdeling voor vele jaren, waarschijnlijk zelfs voor vele decennia geen praktische betekenis meer hebben. Aan de dan nieuwe verdeling van rechtsmacht in het overheidsaansprakelijkheidsrecht zal men willen vasthouden, hetgeen een principiële wijziging onmogelijk maakt. Bovendien verschuift de magische lijn in het schadevergoedingsrecht, zoals wij straks zullen zien, deels in een richting waarin een oplossing die niet beperkt is tot het schadevergoedingsrecht niet mogelijk is. Met andere woorden: de voorstellen zullen de weg naar een principiële wijziging van de rechtsmachtverdeling versperren. Het is daarom noodzakelijk de voorstellen van de Commissie Scheltema aan een kritische toets te onderwerpen. Of, anders gezegd, juist deze voorstellen zijn de belangrijkste reden waarom ik het, al veel besproken, onderwerp hier nog een keer aan de orde moet stellen.

3.1 Inhoud van het voorontwerp

In het voorontwerp worden voorstellen gedaan waardoor de complexe rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter op het terrein van het schadevergoedingsrecht aanzienlijk zou worden vereenvoudigd. Voor schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen komt dat in het kort erop neer dat in de Awb een algemene wettelijke grondslag voor nadeelcompensatie op grond van het egalité-beginsel wordt opgenomen. Een ieder die door rechtmatig overheidshandelen, dus niet alleen op grond van besluiten, maar ook op grond van feitelijk handelen, schade lijdt, kan zich op basis van deze grondslag met een schadeverzoek tot het desbetreffende bestuursorgaan wenden. Tegen een besluit op zo'n verzoek staat rechtsbescherming bij de bestuursrechter open.

Wat onrechtmatig overheidshandelen betreft maakt de Commissie een geheel andere keuze. Geïntroduceerd wordt een verzoekschriftprocedure bij de gewone rechter. Een verzoek tot schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen kan dus niet meer tot het bestuursorgaan zelf, maar moet tot de rechter worden gericht. Wel legt de rechter zo'n verzoek vervolgens eerst voor aan het desbetreffende bestuursorgaan en opent hij de rechterlijke procedure slechts indien na acht weken geen minnelijke schikking tussen bestuursorgaan en

verzoeker heeft plaatsgevonden. Alleen voor zover het om onrechtmatig gedrag van de overheid op het terrein van het ambtenarenrecht en op het terrein van het financiële bestuursrecht gaat, kan zo'n verzoek bij de op die terreinen gespecialiseerde bestuursrechter worden ingediend. Voor het overige dient men zich in beginsel tot de burgerlijke rechter te wenden, tenzij de vordering ten hoogste € 5.000,- omvat. Dan weer is, voorzover de schadeoorzaak in een besluit is te vinden, de administratieve rechter, die rechtsbescherming tegen dat besluit biedt, respectievelijk heeft geboden, ook geroepen om over het daarmee samenhangende verzoek tot schadevergoeding te oordelen.

3.2 Gevolgen voorstellen voor het vraagstuk van rechtsmachtverdeling in het algemeen

De verdere details kan ik op dit moment even onbesproken laten.⁵⁸ Hier is de vraag van belang wat de in dit voorontwerp gekozen benadering betekent voor de bevoegdheidsafbakening tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in het algemeen en hoe uit dit meer algemene gezichtspunt de voorstellen van de Commissie moeten worden gewaardeerd. Een eerste constatering is dat een belangrijk deel van de bezwaren die tegen het huidige stelsel bestaan en die voor velen aanleiding waren en zijn om de wetgever tot actie op te roepen zullen worden weggenomen. De onaanvaardbaar ingewikkelde rechtsmachtverdeling bij overheidsaansprakelijkheid wordt immers sterk vereenvoudigd. Het niet goed functionerende Art. 8:73 Awb kan worden afgeschaft, het in nood geboren en met toch wel erg veel handicaps belaste zelfstandig schadebesluit eveneens. Ook wordt het mogelijk om gevallen waarin een deel van de schade door een appellabel besluit, een ander deel echter door feitelijk handelen werd veroorzaakt⁵⁹ aan één instantie voor te leggen waardoor een samenhangende beoordeling mogelijk wordt. Dat is ongetwijfeld een grote vooruitgang. Ook wat de schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen betreft wordt het stelsel eenvoudiger, zij het in mindere mate dan dit voor nadeelcompensatie geldt. De veelheid van gelijktijdig mogelijke rechtsgangen wordt afgeschaft, de keuzemogelijkheden daartussen en de daarmee verbonden gevaren verdwijnen voor een belangrijk deel en in vele gevallen zal het niet moeilijk meer zijn om uit te maken welke rechter bevoegd is. Ook dat is op zich wel positief.

3.3 De voorstellen met betrekking tot nadeelcompensatie nader bezien

Toch lijken mij, juist vanuit het perspectief van deze rede, ook enkele

kritische kanttekeningen te moeten worden geplaatst. Ik begin met de voorstellen voor een nadeelcompensatieregeling.

Geen stroomlijning met betrekking tot andere grondslagen voor schadevergoeding

Een van de doelstellingen van het voorontwerp is het om de wirwar aan naast elkaar bestaande en elkaar overlappende procedures voor het kunnen verkrijgen van nadeelcompensatie te stroomlijnen en te vereenvoudigen. Dat lukt voorzover het gaat om een aanspraak op schadevergoeding die haar grond vindt in het egalité-beginsel. Dat wordt straks wettelijk gecodificeerd en tegen een besluit met betrekking tot deze grondslag van schadevergoeding kan vervolgens bij de bestuursrechter worden geprocedeerd. Nu zijn er echter nog andere mogelijke grondslagen voor schadevergoeding bij wat men vroeger noemde “op zich rechtmatig overheidshandelen”, zoals het vertrouwensbeginsel of het eigendomsrecht, in de praktijk vooral gebaseerd op art. 1 EP EVRM. Hoewel duidelijk in de minderheid, komen schadevergoedingsverzoeken op deze grondslagen wel voor. In het voorontwerp wordt dat ook erkend en niet uitgesloten. Alleen vindt men de tijd voor een codificatie van andere bronnen van nadeelcompensatie nog niet rijp.⁶⁰ Dat kan ik begrijpen. Het gevolg is echter dat met betrekking tot schadevergoedingsverzoeken gebaseerd op andere grondslagen dan het egalité-beginsel er nog steeds in beginsel meerdere rechtsgangen mogelijk blijven en de burger wordt gedwongen om tegen het desbetreffende besluit beroep bij de administratieve rechter in te stellen om niet het risico te lopen dat de burgerlijke rechter uitgaat van de formele rechtskracht van het besluit. Dat zou nu toch juist moeten worden vermeden, mede omdat de omvang van de schade soms pas blijkt nadat de beroepstermijn tegen het besluit is verstreken en het besluit is geëffectueerd.

Schadevergoeding naar aanleiding van formele wetten

Een aanpalende vraag is waarom nu juist de burgerlijke rechter en niet de administratieve rechter moet oordelen over schade veroorzaakt door formele wetgeving. Zoals in het voorontwerp wordt erkend, kan ook formele wetgeving onevenredige schade veroorzaken en aanleiding zijn tot een schadevergoedingsverzoek. Als grondslag voor een dergelijk verzoek wordt dan in de toelichting op het voorontwerp verwezen naar het eigendomsrecht. Het kan echter evengoed zijn dat nu juist het egalité-beginsel aanleiding geeft tot schadevergoeding naar aanleiding

van formele wetgeving. In het Leffers-arrest⁶² ging het om een amvb, maar het daar aan de orde zijnde verbod op swill-voering van varkens had evengoed in een formele wet kunnen zijn vervat. Nu het egalité-beginsel echter, om binnen het besluitenprocesrecht te kunnen blijven, aldus wordt gecodificeerd dat het alleen een recht op schadevergoeding geeft indien het om een handeling van een bestuursorgaan gaat (zie het voorgestelde art. 4.5.1), vallen formeel wettelijke maatregelen daarbuiten. Dat lijkt mij niet terecht. Bovendien rijst de vraag hoezo het aangewezen is dat dienaangaande de burgerlijke rechter als restrechter moet oordelen en niet, nu het toch om een puur publiekrechtelijke vraag gaat, de bestuursrechter.

Samenhangende beoordeling van schadevergoedingsverzoeken, maar niet van overheidshandelen zelf

Terecht wordt beroep bij de bestuursrechter straks ook mogelijk gemaakt als de schade niet door een besluit, maar door ander overheidshandelen is veroorzaakt. Daardoor wordt het mogelijk, aldus de toelichting op het voorontwerp, om samenhangende feitencomplexen met betrekking tot de schadevergoedingsvraag ook in samenhang te beoordelen.⁶³ Dat is toe te juichen. Daarmee wordt een belangrijke tekortkoming van het tegenwoordige stelsel opgeheven. Immers kunnen juist door de optelling van verschillende, deels wel en deels niet in besluiten vervatte overheidshandelingen de publieke lasten voor een individu zo hoog worden dat deze tenminste deels niet meer redelijkerwijs ten zijnen laste behoren te blijven. Deze feitelijke samenhang van verschillende deelhandelingen kan thans op grond van de rechtsmachtverdeling door geen rechter in aanmerking worden genomen. Een gevolg van de voorgestelde regeling is wel dat de beoordeling van het desbetreffende overheidshandelen zelf en de mogelijke schadevergoedingsaspecten daarvan uit elkaar worden getrokken. Een samenhangende beoordeling van het overheidshandelen zelf is niet mogelijk, een samenhangende beoordeling van de schadevergoedingsaspecten daarvan straks wel. Vaak liggen onrechtmatig handelen en rechtmatig, maar een schadevergoedingsaanspraak veroorzakend handelen echter dicht tegen elkaar aan. Een feitencomplex wordt voor de schadevergoedingsvraag dan als geheel beoordeeld, maar voor de rechtsbescherming tegen het overheidshandelen zelf toch nog in stukken geknipt. Bovendien moet de burger zich met betrekking tot één geschil tegen de overheid dan nog steeds tot twee verschillende rechters wenden: tot één met betrekking tot de rechtmatigheidsvraag en tot een tweede met betrekking tot

de vraag of aanleiding bestaat voor nadeelcompensatie. De talrijke en belangrijke nadelen daarvan komen hierna nog ter sprake.

De samenhang tussen de schadeveroorzakende handeling zelf en het besluit op een verzoek om nadeelcompensatie wordt in het voorontwerp erkend bij de hoger beroepregeling. Indien het bestuursorgaan een besluit over nadeelcompensatie heeft genomen, is volgens het voorontwerp rechtsbescherming bij de sector bestuursrecht van de rechtbank mogelijk en daarna beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Die echter moet de zaak verwijzen naar een andere appelrechter indien het verzoek “niet los kan worden gezien van het schadeveroorzakende complex van handelingen en besluiten waarover een andere rechter bevoegd is”. Dat lijkt ook weer een op zich logische gedachte. Alleen bestaat nu juist geen rechter die bevoegd is om over een complex van handelingen en besluiten te beslissen. Over besluiten oordeelt de bestuursrechter, over handelingen de burgerlijke rechter. Moet dan in de toekomst het schadevergoedingsverzoek toch weer geknipt worden in twee delen en elk deel naar een andere appelrechter verwezen worden? Dat lijkt mij niet de bedoeling te kunnen zijn. Hier wordt zichtbaar dat een gedeeltelijke verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter om over de schadeaspecten van ander overheidshandelen dan besluiten te oordelen, fricties opwerpt indien de bestuursrechter niet ook bevoegd wordt om te oordelen over dat andere overheidshandelen zelf.

Samenvattend kan worden geconstateerd dat de in het voorontwerp voorgestelde codificatie van een nadeelcompensatieregeling op zich valt toe te juichen, maar belangrijke schoonheidsfouten bevat en fricties veroorzaakt juist door het feit dat de bestuursrechter wel bevoegd wordt om over de schadevergoedingsaspecten van een complex van overheidshandelen integraal te oordelen, maar niet over dat overheidshandelen zelf.

3.4 De voorstellen met betrekking tot onrechtmatig overheidshandelen nader bezien

Ook, respectievelijk met name, wat schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen betreft moeten enkele kanttekeningen worden geplaatst. Ook hier rijzen ten eerste dezelfde bedenkingen met betrekking tot de beoordeling van samenhangende complexen van overheidshandelen.

Verdeling bevoegdheden met betrekking tot één casus over twee rechters blijft problematisch

Het voorontwerp constateert terecht dat het connexiteitsvereiste thans tot gevolg heeft dat samenhangend overheidshandelen bij verzoeken om schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen soms ten onrechte “in stukjes wordt opgeknipt”.⁶⁴ Dat is straks niet meer het geval, nu steeds, onafhankelijk van de vorm van overheidshandelen, één bepaalde rechter bevoegd wordt om over verzoeken tot schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen te oordelen. Dat is echter niet het geval voorzover de burger tegen het handelen zelf wil opkomen. Rechtsbescherming tegen een besluit dat schade veroorzaakt moet bij de bestuursrechter worden verkregen. Voor de schadevergoeding naar aanleiding van een onrechtmatig besluit moet men echter (in de regel) naar de burgerlijke rechter. Wat dat betreft blijft het dus bij het verknippen met alle nadelige gevolgen vandie. Daardoor wordt vervolgens tevens een nieuwe knip aangebracht tussen de beoordeling van het overheidshandelen zelf en de beoordeling van de schadevergoedingsaspecten daarvan. Eén van de ongewenste gevolgen daarvan is en blijft dat problemen met de verjaringstermijn ontstaan.⁶⁵ Een ander belangrijker nadeel is en blijft een starre toepassing van het leerstuk van de onaantastbaarheid van besluiten en het nagenoeg ontbreken van mogelijkheden om het automatisme tussen bestuursrechtelijke vernietiging en privaatrechtelijke onrechtmatigheid en toerekenbaarheid te doorbreken.⁶⁶ Over dat laatste is veel geschreven. Niet alle onrechtmatige besluiten zouden een schadevergoedingsplicht moeten veroorzaken. Andersom kan reden voor een schadevergoedingsplicht bestaan hoewel een besluit uiteindelijk de toets van bij de administratieve rechter doorstaat. Collega Verheij heeft in zijn rede hier op deze plek enkele jaren geleden daar sprekende voorbeelden van de revue laten passeren. De Commissie Scheltema maakt daar geen woord aan vuil. Overigens is het nog wel een interessante vraag hoe de burgerlijke rechter in de toekomst om zal gaan met besluiten die in eerste instantie imperfect waren, maar nadien in de loop van de procedure bij de rechter door toepassing van de bestuurlijke lus tot rechtmatige besluiten worden. Het zwart-wit-denken over onrechtmatigheid en schadevergoeding als gevolg van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter zal het ook in zoverre erg moeilijk maken om een zinnige schadevergoedingsjurisprudentie te ontwikkelen.

De ontwikkeling van een materieelrechtelijk meest zinvol stelsel van

overheidsaansprakelijkheid wordt dus nadrukkelijk belemmerd doordat belangrijke materiële aansprakelijkheidsvragen worden bepaald door het uit elkaar vallen van het beroep tegen het schadeveroorzakende overheidshandelen enerzijds en de beoordeling van een schadevergoedingsverzoek anderzijds. Het voorontwerp verandert aan dit belangrijk nadeel van het tegenwoordig geldende recht niets en moet m.i. alleen al daarom worden verworpen.

Motieven voor de grens van € 5.000,-

Een tweede bedenking tegen de in het voorontwerp voorgestelde rechtsmachtverdeling is haar inconsequentie. Leidend principe, aldus de toelichting op het voorontwerp zelf, is dat “de omvang van de exclusieve bevoegdheid ten aanzien van schadezaken ...wordt bepaald door de aard van het materiële rechtsgebied waarop het schadeveroorzakende besluit betrekking heeft”.⁶⁷ Als dat het uitgangspunt is, zou overschadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen m.i. altijd de bestuursrechter moeten oordelen. Dat uitgangspunt is echter blijkbaar zo niet bedoeld of wordt slechts toegepast ten aanzien van het ambtenarenrecht en het financiële bestuursrecht. Voor ander bestuursrechtelijk handelen is niet de aard van het rechtsgebied waarop het schadeveroorzakende besluit betrekking heeft, namelijk het bestuursrecht, bepalend, maar de omvang van het schadevergoedingsverzoek. Ligt dat boven de € 5.000,-, dan is de burgerlijke rechter bevoegd, ligt dat beneden de € 5.000,- zijn zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter bevoegd – de burger mag kiezen. Ik kan niet zien wat dat te maken heeft met de aard van het rechtsgebied van het schadeveroorzakend handelen. Het lijkt veel meer alsof het vertrekpunt is geweest dat behalve in ambtenarenzaken en financiële zaken de burgerlijke rechter bevoegd moet zijn en vervolgens de toewijzing van schadevergoedingsverzoeken van beperkte omvang ter wille van het vinden van een compromis of als doekje voor het bloeden naar de bestuursrechter is gegaan.⁶⁸ Als reden voor de principiële keus om de burgerlijke rechter te belasten met schadevergoedingsaspecten van onrechtmatig publiekrechtelijk handelen wordt aangegeven dat de burgerlijke rechter beter dan de bestuursrechter in staat zou zijn om te oordelen over geschillen waarbij meerdere partijen betrokken zijn. Dat is opmerkelijk. Inderdaad kenmerken vele bestuursrechtelijke geschillen zich door het feit dat vaak naast de directe procespartijen meerdere, soms vele, derde -belanghebbenden bij een geschil betrokken zijn. Dat de burgerlijke rechter voor de beoordeling van dergelijke geschillen principieel en in alle gevallen beter geëquipeerd zou zijn dan

de bestuursrechter, ontgaat mij. Het bestuursprocesrecht is bijzonder ingericht op de afhandeling van processen waarbij meer dan twee partijen betrokken zijn. In ieder geval is de toegang tot de rechter voor derden belanghebbenden in het bestuursrecht eenvoudiger en laagdrempeliger dan in het burgerlijk recht.⁶⁹ Dat was en is nu juist ook één van de redenen om in bestuursrechtspraak te voorzien.

Blijkbaar bedoeld de Commissie Scheltema toch iets anders met destelling dat de burgerlijke rechter beter geschikt is om meer partijen-geschillen te beoordelen. Mogelijke problemen van schadevergoedingszaken bij de bestuursrechter waarbij meer partijen betrokken zijn kunnen zich mijns inziens in twee opzichten voordoen. Ten eerste zijn er gevallen waarin een schade niet alleen door een overheidshandelen, maar deels ook door het handelen van een derde (particulier) is veroorzaakt. Het bestuursrecht biedt in dergelijke situaties voor de overheid thans geen mogelijkheid om deze private derde partij in het proces te betrekken. De overheid moet daarom in een tweede procedure een regresvordering bij de burgerlijke rechter instellen. Het lijkt mij echter niet uitgesloten, zeker niet grondwettelijk,⁷⁰ om het bestuursprocesrecht dusdanig te verruimen dat het mogelijk wordt dergelijke regresvorderingen in één en dezelfde bestuursrechtelijke procedure mee te nemen. Ik kom daar nog op terug. Het tweede probleem zou kunnen zijn dat de bestuursrechter niet gewend is om moeilijke causaliteitsvragen te beoordelen, in het bijzonder in gevallen waarin één schade door een reeks aan, door verschillende betrokkene verrichte, handelingen wordt veroorzaakt. Dat kan best zo zijn, maar die kennis en kunde kunnen de bestuursrechters, neem ik aan, toch wel redelijk snel ontwikkelen. Het kunnen oplossen van zich soms voordoende moeilijke multi-causaliteitsvragen is echter iets heel anders dan het afwikkelen van geschillen met meerdere of vele partijen. Er is, om in de terminologie te blijven, geen causaal verband tussen vele bij een geschil betrokken derden belanghebbenden en complexe schadeoorzaken. Multi-causale schadeoorzaken kunnen zich bovendien ook bij schadevergoedingsverzoeken geringer dan € 5.000,- voordoen. Of, nogmaals: er bestaat ook geen causaal verband tussen de schadehoogte en het zich kunnen voordoen van multi-causale schadeoorzaken. De kennis en kunde om dergelijke gevallen te beoordelen moeten de bestuursrechter dus toch al opbouwen.⁷¹ Bovendien zou de kennis en kunde hier de rechtsmachtverdeling moeten volgen en niet omgekeerd.⁷²

Twee rechtsgangen blijven nodig

Een nadeel welk door het voorontwerp zelf wordt genoemd is dat burgers, voorzover het schadeveroorzakend handelen was vervat in een appelabel besluit, in de toekomst in de meeste gevallen steeds twee rechterlijke procedures moeten voeren. Zij moeten in bezwaar en vervolgens bij de bestuursrechter opkomen tegen het besluit zelf (in maximaal twee instanties) en vervolgens nog bij de burgerlijke rechter hun schade trachten te verhalen (in maximaal drie instanties), met de nodige kosten en kostenrisico's die daarmee verbonden zijn. Waarom laagdrempeligheid en een laag kostenrisico kenmerken zijn die ten aanzien van de rechtsbescherming in primo tegen het bestuur wel alom worden omarmd, maar niet gelden indien al vaststaat dat het bestuur onrechtmatig heeft gehandeld en het er alleen om gaat de daarmee verbonden schade te verhalen, is mij een raadsel. Deze om veel redenen onwenselijke situatie,⁷³ die uitsluitend voor schadevergoedingsverzoeken kleiner dan € 5.000,- wordt opgelost, was toendertijd één van de redenen ter introductie van art. 8:73 Awb. Dat deze bepaling een mislukking was, lost het probleem dat daarmee zou worden bestreden, niet op.

Ook een ander mogelijk nadeel van de voorgestelde oplossing wordt in het voorontwerp zelf onderkend. Rechtsbescherming naar aanleiding van onrechtmatige subsidiebesluiten vallen niet onder de exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechter, maar onder twee verschillende rechters. Een "rechtvaardiging" aldus het voorontwerp, kan daarvoor worden gevonden "in het feit dat dit soort schadezaken niet vaak voorkomt".⁷⁴ Dat lijkt mij echter geen rechtvaardiging, maar eerder een reden temeer om dit soort geschillen door één rechter te laten beoordelen en niet te verknippen tussen de burgerlijke en de bestuursrechter. Overigens geldt dit argument niet alleen voor de beoordeling van onrechtmatige subsidiebesluiten, maar mijns inziens evengoed voor de beoordeling van ander onrechtmatig overheidshandelen.

Kritiek is voorts mogelijk, en al reeds geleverd, op het feit dat het voorontwerp nog steeds een keuzemogelijkheid voor de burger inhoudt die zich immers met betrekking tot geschillen over schadevergoeding tot maximaal € 5.000,- tot de bestuursrechter, maar als hij dat prefereert, ook tot de burgerlijke rechter kan wenden. De Graaf en Marseille hebben dat een "anomalie" genoemd waaraan een einde zou moeten worden gemaakt.⁷⁵

Een laatste bezwaar tegen de rechtsmachtverdeling die het voorontwerp ten aanzien van schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen voorstelt is de beperking van de bevoegdheid van de bestuursrechter ter beoordeling van schadevergoedingsverzoeken (tot maximaal € 5.000,-) die een gevolg zijn van besluiten. De bestuursrechter wordt dus niet bevoegd ten aanzien van verzoeken die berusten op ander overheidshandelen dan appelabele besluiten. Deze keuze wijkt af van de zojuist besproken keuze ten aanzien van nadeelcompensatie. Daar wordt de bestuursrechter immers bevoegd, onafhankelijk van de vorm van het overheidshandelen. De argumenten die ervoor pleiten om alle schadevergoedingsverzoeken, onafhankelijk van de aard van het overheidshandelen door dezelfde rechter te laten beoordelen zijn hiervoor bij de bespreking van de nadeelcompensatieregeling uitvoerig aan bod gekomen. Het belangrijkste argument is het feit dat alleen dan samenhangende complexen van overheidshandelen kunnen worden beoordeeld. Dit argument lijkt hier in mindere mate te gelden. Immers: als een handelen onrechtmatig is, impliceert dat in de regel een schadevergoedingsplicht.⁷⁶ Dat een schadevergoedingsplicht juist door de samenhang van verschillende handelingen ontstaat, speelt hier in de regel niet. Het bedoelde nadeel doet zich echter op meerdere andere wijzen voor. Ten eerste kan soms een schade deels door rechtmatig en deels door onrechtmatig, maar wel samenhangend overheidshandelen zijn veroorzaakt. Dan moet de burger twee procedures bij twee rechters voeren die niet met elkaar rekening hoeven houden. Ten tweede zal soms niet vaststaan of een schade nu door het “besluitdeel” van het overheidshandelen is veroorzaakt of door, daar in beginsel los van staand feitelijk handelen. Het probleem van het opknippen van één feitencomplex van overheidshandelen in een besluit-deel en een niet besluit-deel is, waar deze grens ook moge lopen, hier dus niet een probleem van het materiële egalité-criterium, maar (wederom) een causaliteitsvraag. Het blijft echter een probleem. Bovendien is het niet efficiënt, of zo u wilt “onverteerbaar” de burger voor het verkrijgen van schadevergoeding in verband met één complex van overheidshandelingen en soms zelfs met betrekking tot één handeling, twee aparte procedures bij twee verschillende rechters te laten voeren.⁷⁷

Een nadelig gevolg van de gekozen lijn is ook dat afgegrensd moet worden welk feitelijk handelen nog toe te rekenen is aan (de voorbereiding van) een besluit en welk feitelijk handelen los daarvan staat. Dat in het voorgestelde art. 8:88 sub b Awb expliciet wordt bepaald dat de

bestuursrechter ook over onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit mag oordelen, verlegt de grens, maar maakt de afgrenzing niet overbodig.

3.5 Samenvattende waardering van het voorontwerp

Al met al valt te concluderen dat nogal wat kritiek mogelijk is op de keuzes die het voorontwerp maakt met betrekking tot schadevergoeding voor onrechtmatig overheidshandelen. Mijns inziens zou de door de Commissie dienaangaande voorgestelde weg niet moeten worden bewandeld, nog onafhankelijk van de in deze rede aan de orde staande invloed op de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in het algemeen. Vonden de bedenkingen tegen het nadeelcompensatie-gedeelte van het voorontwerp hun reden vooral in de gevolgen van verschillen in de bevoegde rechters ten aanzien van het overheidshandelen zelf enerzijds en de schadevergoedingsaspecten anderzijds, bestaan ten aanzien van het onderdeel onrechtmatig overheidshandelen ook los daarvan een aantal bedenkingen tegen het voorontwerp. Een rechtsmachtverdeling afhankelijk van de hoogte van het schadevergoedingsverzoek laat zich mijns inziens dogmatisch niet goed onderbouwen. De voorgestelde regeling die de burgerlijke rechter in de meeste gevallen weer bevoegd maakt staat haaks op de rechtsontwikkeling van de afgelopen decennia en op de meeste in de literatuur gedane voorstellen, inclusief de voorstellen die Scheltema zelf heeft gedaan.⁷⁸ Dat is op zich wellicht niet erg, mits de voorstellen van de commissie op principiële keuzes berusten en in een breed en lange termijn perspectief zijn geplaatst, met andere woorden: een visie op de toekomst van het bestuursrecht. Daar is echter geen sprake van.

Dekans is groot dat de verlossing van de ergste rechtsbeschermingskwalen die het voorontwerp belooft, en voor een belangrijk deel ook daadwerkelijk tot gevolg zou hebben, dusdanig zwaar weegt dat men vooral één ding zal willen: het snel tot wet maken en in werking laten treden. Te voorspellen is dan echter dat de discussie omtrent de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter waarschijnlijk voor lange tijd gesloten zal worden verklaard. De grootste druk is immers van de ketel. De ergste gebreken zijn geheeld en bovendien wordt op het deelterrein van het schadevergoedingsrecht een geheel nieuwe regeling in het leven geroepen die men vervolgens, terecht, zo snel niet meer zal willen wijzigen. Door op pragmatische wijze een oplossing te vinden voor de meest onaanvaardbare problemen met betrekking tot de

overheidsaansprakelijkheid en daarbij niet te tornen aan de huidige kaders van het „besluitenprocesrecht“, wordt dit systeem zelf nadrukkelijk bestendigd en een verdere discussie daarover voorkomen. Dat gebeurt mijns inziens zonder de principiële kritiek aan dit stelsel te hebben weerlegd en zonder de in de literatuur gedane voorstellen voor een meer principiële modificatie van dit stelsel serieus te overwegen. Polak heeft daarom terecht gemaand dat een lange termijn perspectief op de ontwikkeling van het bestuursrecht node ontbreekt. Nu was dat ook niet de opdracht van de Commissie Scheltema. Feitelijk hebben de voorstellen van de Commissie naar mijn verwachting echter wel tot gevolg dat de noodzakelijke algemene discussie over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, zonder daar een woord aan vuil te maken, afgewurgd wordt. Dat is een slechte zaak. Over de vraag of de voorstellen van de Commissie Scheltema de gewenste verbetering tot stand brengen met betrekking tot de rechtsbescherming in het kader van overheidsaansprakelijkheid kan men van mening verschillen. Met betrekking tot rechtmatig overheidshandelen is dat al met al wellicht wel het geval, met betrekking tot onrechtmatig overheidshandelen mijns inziens niet. Aan de met de tegenwoordige rechtsmachtverdeling verbonden bezwaren ten aanzien van andere casusposities dan overheidsaansprakelijkheidsvragen veranderen de voorstellen in ieder geval niets. In tegendeel, ze cementeren de thans bestaande regels en daarmee zorgen ze ook voor continuering van de daarmee verbonden nadelen.

4. Suum cuique?

Kijkt men daarom nog een keer ruimer naar alternatieven voor de thans bestaande „magische lijn“, dan komen m.i., in theorie, drie reeds eerder voorgestelde modellen in aanmerking: het geheel opheffen van de administratieve rechtsbescherming, aanvulling van het bestaande stelsel met verzoekschriftenprocedures op bepaalde deelterreinen of vervanging van het besluit als criterium voor de rechtsmachtverdeling door een ander criterium, bijvoorbeeld de publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Voor de nadere invulling van dit laatste model zijn veel varianten denkbaar met oriëntatie aan het Franse of het Duitse recht dan wel ontwikkeling van een eigen weg.⁷⁹

4.1 Afschaffing bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Afschaffing van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is, ruim een decennium geleden, krachtig bepleit door collega Verheij.⁸⁰ Zijn meest

belangrijk argument was dat uit rechtsvergelijkend onderzoek bleek dat een heldere en sluitende, dogmatisch goed te onderbouwen afgrenzing tussen de competentie van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter eigenlijk niet mogelijk is.

Inmiddels lijkt Verheij echter om te zijn.⁸¹ Daar zijn ook belangrijke redenen voor die eerder in deze rede al zijn genoemd. Aanvullend zij hier alleen nog erop gewezen dat het hoofdargument van Verheij eigenlijk niet opgaat. Zelfs al zou men de bestuursrechtspraak geheel afschaffen, zou dat niet kunnen voorkomen dat het nodig zal blijven dat bepaald moet worden in hoeverre de overheid in casu als private partij moet worden beschouwd, danwel als typische overheidsinstantie handelt. Dat is immers onder andere van belang voor de vraag in hoeverre een der procespartijen bij de civiele rechter is gebonden aan grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur alsmede voor de vraag in hoeverre de dan noodzakelijke bijzondere procesrechtelijke voorzieningen ter compensatie van de ongelijke positie van overheid en burger moeten worden toegepast. Ook zou de burgerlijke rechter een verschil moeten maken tussen gevallen waarin bepaalde Europeesrechtelijke eisen aan bijvoorbeeld de toegang tot de rechter en aan een niet geheel gesubjectieerde manier van toetsing gelden en procedures waarin dat niet het geval is. Met andere woorden: afschaffing van eigen bestuursrechtelijke rechtscolleges zou het afgrenzingsprobleem alleen verplaatsen naar binnen het civielrechtelijk forum.

Toegevoegd zij dat rechtsbescherming tegen de overheid ook in enkele EU-landen zonder eigen bestuursrechtelijke rechtscolleges uitkomt. In Denemarken bijvoorbeeld ontbreekt een eigen bestuursrechtspraak in het geheel. Daar heeft het administratief beroep dan wel een veel grotere betekenis dan in stelsels met eigen bestuursrechtspraak. Het zwaartepunt van de rechtsbescherming wordt in Denemarken geboden door administratief beroep.⁸³ Omdat voorstellen tot herinstructie van het Kroonberoep of soortgelijke vormen van administratief beroep in Nederland thans waarschijnlijk weinig gehoor zouden vinden en omdat de regering nog in 2004 uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven, vanwege „de eigen aard van de bestuursrechtspraak“ af te zien van een integratie in de gewone rechterlijke macht,⁸⁴ laat ik deze, op zich heel interessante, optie hier verder buiten beschouwing.

4.2 Selectieve introductie van verzoekschriftprocedures

Het tweede model is gebaseerd op de gedachtevorming door de

VAR-Commissie Rechtsbescherming. Deze commissie wil aan het besluitbegrip als rechtstoegangsvereiste en als basis voor „de hoofdstructuur van het bestuursprocesrecht“ vasthouden, maar naast acties gericht tegen besluiten ook een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter mogelijk maken. Dergelijke verzoekschriften zouden, zo de commissie, kunnen worden ingediend om schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen te verkrijgen, terugvordering van onverschuldigde betaling te eisen,⁸⁵ een nader door de eiser te bepalen vordering in te stellen naar aanleiding van feitelijk handelen van de overheid, declaratoire verklaringen voor recht te vragen⁸⁶ en ten slotte om publiekrechtelijke overeenkomsten aan de rechter voor te leggen.⁸⁷ Dat zijn zo'n beetje alle soorten geschillen die tussen overheid en burger kunnen spelen. In de Awb zou dan, zoals thans, rechtsbescherming bij de bestuursrechter moeten worden open gesteld tegen besluiten en zouden daarenboven verschillende verzoekschriftprocedures moeten worden geregeld die de rechtsbescherming bij de bestuursrechter open stellen voor bepaalde vormen van overheidshandelen. Indien men volstaat met een dergelijke enumeratieve en niet op een algemeen criterium gebaseerde toewijzing van geschillen aan de bestuursrechter gaat, zal met het oog op art. 6 EVRM hoe dan ook de burgerlijke rechter nog een functie als restrechter moeten vervullen. Het voordeel van een dergelijke werkwijze is dat de wetgever desgewenst stapsgewijs te werk kan gaan. Er kan met één soort verzoekprocedure tegen één categorie van overheidshandelen worden begonnen en daar eerst ervaring mee worden opgedaan. Vervolgens kunnen successievelijk meerdere soorten verzoekprocedures voor meerdere soorten geschillen tegen de overheid worden voorzien.

4.3 Nieuw hoofdcriterium voor rechtsmachtverdeling: aard van de rechtsbetrekking

Het derde model houdt in dat een ander hoofdcriterium voor de toedeling van rechtsmacht aan de diverse rechterlijke colleges wordt gebruikt, namelijk de aard van de rechtsbetrekking. Dat kan vervolgens nader worden ingevuld door te kijken naar de aard van het geschil (*fundamentum petendi*), zoals het geval onder meer in het Duitse recht, of de aard van het subject dat bij het geschil is betrokken (*subjectum litis*), zoals het geval in het Franse recht. Een dergelijk hoofdcriterium is in dit model bepalend voor de keuze van de rechter. Omdat de bevoegdheid van de bestuursrechter, net zo min als die van de burgerlijke rechter, niet op een enumeratieve opsomming van bepaalde soorten geschillen

berust, heeft de burgerlijke rechter ook geen restfunctie meer. Gaat men uit van de aard van het geschil, dan worden privaatrechtelijke geschillen door de burgerlijke rechter beslist en publiekrechtelijke geschillen door de bestuursrechter. Suum cuique.⁸⁸ Uiteraard is het dan noodzakelijk om te bepalen wat bestuursrechtelijke geschillen zijn en wat niet, respectievelijk wanneer sprake is van de overheid als procespartij en wanneer niet. Vervolgens moet het procesrecht bij de administratieve rechter worden uitgebreid en moeten naast acties gericht op de vernietiging van besluiten andere vorderingen mogelijk worden gemaakt. Of men dat nu doet door een stelsel van verschillende verzoekschriftprocedures voor verschillende soorten overheidshandelen of, meer geïnspireerd door het Duitse recht, door een stelsel van „Klagearten“ lijkt mij van minder belang. Voor een belangrijk deel is dit ook slechts een terminologische kwestie en zullen de in de Awb te regelen verzoekschriftprocedures of vorderingsacties erg gaan lijken op de in de VWGO opgenomen, maar deels ook slechts in ongeschreven Richterrecht ontwikkelde Klagearten.

Op het eerste gezicht lijkt een mogelijk nadeel van deze oplossing te zijn dat het nieuwe rechtsbeschermingssysteem in één keer moet worden ingevoerd. Als immers de rechtsmacht van de bestuursrechter door gebruik van een nieuw algemeen criterium voor de rechtsmachtverdeling principieel ten gunste van de bestuursrechter wordt verschoven, dan moet gelijktijdig daarmee duidelijk zijn wat de bestuursrechter met al die nieuwe klachten moet. De nieuwe procesrechtelijke regels en uitspraakbevoegdheden moeten er dan dus meteen zijn. Ook de Commissierechtsbescherming acht een dergelijke principiële verandering van de rechtsmachtverdeling, of, zoals zij het noemt, de inbedding van de nieuwe uitspraakbevoegdheden in een „meer omvattend kader“, noodzakelijk.⁸⁹ Het rapport van de Commissie is op dit punt echter niet helemaal helder. In haar eindconclusies pleit de Commissie niet meer voor een „meer omvattend kader“, maar, althans „op korte termijn“, voor een aanvulling van de rechtstoegang naar de bestuursrechter op grond van het besluitbegrip met een aantal bijzondere verzoekschriftprocedures. Wat de Commissie dan op middenlange en lange termijn wenst, komt in de eindconclusies niet meer terug.

Procesrechtelijke gevolgen van een principieel andere rechtsmachtverdeling
Voordeel van een dergelijke stap naar een principieel ander criterium voor de rechtsmachtverdeling is onder meer dat de bestuursrechter

dan een ruimer procesrechtelijke gereedschapskist en een ruimer uitsprakenarsenaal krijgt. Dat maakt het bijvoorbeeld mogelijk om flexibeler om te gaan met belangrijke vragen als de formele rechtskracht van besluiten, de ex tunc- versus de ex nunc-toetsing en de vraag of een uitspraak inter omnes of slechts inter partes moet werken. Met betrekking tot al deze onderwerpen doen zich tegenwoordig fricties en problemen voor die binnen het keurslijf van het besluitenprocesrecht waarbinnen de bestuursrechter thans moet opereren nauwelijks of slechts met grote moeite op te lossen zijn. Men kan een verruiming van de procesrechtelijke mogelijkheden zien als een bedreiging omdat eerst de wetgever, maar vervolgens toch vooral de rechter weer nieuwe wegen en oplossingen moet vinden en de voorspelbaarheid, dus de rechtszekerheid, een zekere periode niet optimaal zal zijn. Men kan dit echter ook zien als een grote kans om voor burger en bestuur doelmatigere procesrechtelijke oplossingen te vinden. Daar zou het m.i. uiteindelijk vooral om moeten gaan.

Onduidelijke grens?

Bij diegenen die pleiten voor een slechts zeer voorzichtige uitbreiding van de bevoegdheden van bestuursrechters door introductie van een aanvullende verzoekschriftenprocedure voor met name schadevergoeding en die voor het overige willen vasthouden aan het besluitbegrip als kompas voor het trekken van de „magische lijn“ wordt, naast de geleidelijkheid van de rechtsontwikkeling, doorgaans één argument voorop gesteld. De grens tussen geschillen van bestuursrechtelijke aard en geschillen van privaatrechtelijke aard zou niet duidelijk te trekken zijn. Het bepalend laten zijn van de aard van de rechtsbetrekking, bijvoorbeeld bepaald door de fundamentum petendi-leer, zou tot enorme rechtsonzekerheid leiden en niet werkbaar zijn: „een ramp“ heeft Kortmann dit genoemd.⁹⁰

Dit argument tegen het bepalend laten zijn van de aard van de rechtsbetrekking voor de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter is zeer betrekkelijk. Ten eerste is het de vraag of de overheid publiekrechtelijk danwel privaatrechtelijk handelt thans één van de criteria van het besluitbegrip en dus nu al mede bepalend voor de vraag welke rechter gekozen moet worden. Dat was in dat verband lange tijd geen twistpunt, zolang men een publiekrechtelijk besluit alleen erkende indien sprake was van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Sinds echter het besluitbegrip, om „strategische redenen“ steeds verder is uitgebreid en daarbij aansluiting is gezocht aan het al

dan niet aanwezig zijn van een „publieke taak“, is de afgrenzing tussen wat publiekrechtelijk en wat privaatrechtelijk handelen van de overheid is ook binnen het besluitbegrip noodzakelijk.

Ten tweede zal de noodzaak om tot afgrenzing te komen tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen bij verwezenlijking van de door de Commissie Scheltema gedane voorstellen nog eens toenemen. De algemene wettelijke grondslag voor het vragen van nadeelcompensatie in het voorgestelde art. 4.5.1 Awb heeft immers betrekking op „de rechtmatige uitoefening van zijn⁹¹ publiekrechtelijke bevoegdheid of taak“. Toepassing van deze algemene nadeelcompensatiebepaling vereist dus in de toekomst een zo scherp mogelijke grens tussen „publiekrechtelijke bevoegdheid of taak“ en „privaatrechtelijke bevoegdheid“. Privaatrechtelijke taken heeft een bestuursorgaan mijns inziens niet. Nu het toch al noodzakelijk is en in de toekomst, juist indien men de voorstellen van de Commissie Scheltema zou volgen, belangrijker wordt om publiekrechtelijk van privaatrechtelijk handelen van de overheid af te grenzen, kan men deze afgrenzing ook meteen als hoofdcriterium voor de rechtsmachtverdeling gebruiken.

Twijfelgevallen over de vraag of een bepaalde rechtsbetrekking tussen overheid en burger nu publiekrechtelijk of privaatrechtelijk is en of de rechtsstrijd daaromtrent dus door de bestuursrechter of de burgerlijke rechter moet worden beslist zijn echter niet helemaal te voorkomen. Een zeker „schemergebied“ is niet helemaal uit te sluiten,⁹² zij het al vanwege het feit dat de werkelijkheid steeds verder ontwikkeld en nieuwe soorten rechtsbetrekkingen en daarmee ook nieuwe soorten geschillen produceert. Het schemergebied kan echter worden beperkt door expliciete, enumeratieve toewijzing van bepaalde soorten strijdigheden aan de bestuursrechter of juist de burgerlijke rechter. Zo zou voor geschillen over puur fiscaal handelen, dus het inkopen door de overheid van goederen en diensten, de burgerlijke rechter expliciet bevoegd kunnen worden verklaard.⁹³ Dwingend is dat echter niet. Beslissingen over grotere aanbestedingen worden immers duidelijk mede door (Europees) bestuursrechtelijke normen bepaald, dus door rechtsnormen die uitsluitend tot de overheid zijn gericht. Men zou daarom bijvoorbeeld ook kunnen besluiten om rechtsbescherming ten aanzien van aanbestedingen vanaf een bepaalde hoogte, daarbij aansluitend aan Europeesrechtelijke criteria, aan de bestuursrechter toe te wijzen. Een ander middel om (de gevolgen van) het schemergebied bij de

beslissing omtrent het karakter van de rechtsbetrekking tussen overheid en burger in te perken is de introductie van een wederzijdse bindende verwijzingsbevoegdheid, zoals het Duitse recht die kent. Een rechter die van opvatting is dat de rechtszoekende de aard van de rechtsbetrekking verkeerd heeft ingeschat en zich zelf dus niet bevoegd acht, moet de rechtsstrijd verwijzen naar zijn collega. Deze collega dient zich vervolgens bevoegd te verklaren ook al is hij het met de verwijzende rechter niet eens. Hij kan dus niet terugverwijzen. Negatieve competentieconflicten kunnen hierdoor worden voorkomen. Een conflictenrechter ter beslechting van positieve competentieconflicten is onnodig.

5. Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen

In verband met het hoofdargument tegen het gebruik van de aard van de rechtsbetrekking als hét bepalende criterium voor de rechtsmachtverdeling wordt vaak gewezen op het feit dat noch het Franse, noch het Duitse recht een sluitend dogmatisch concept voor de magische lijn in hun rechtssysteem hebben kunnen ontwikkelen. Voordat ik een eindconclusie trek, wil ik daarom enkele rechtsvergelijkende beschouwingen aan dit argument wijden.

De orator prijst zich gelukkig dat met betrekking tot het hier behandelde onderwerp al veel rechtsvergelijkend onderzoek is verricht. Zoals gezegd hebben met name Bok, Banda en Verheij de vraag van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in het Verenigd Koninkrijk, meer precies in Engeland en Wales, Frankrijk en Duitsland beschreven. Dat hoef ik hier niet nog eens dunnetjes, en gezien de hoge kwaliteit van hun beschouwingen, ook niet dikjes over te doen. Aansluitend op de bevindingen van de VAR-Commissie Rechtsbescherming, die een lichte voorkeur voor het fundamentum petendi-criterium lijkt te hebben,⁹⁴ en rekening houdend met het feit dat ik de bestuursprocesrechtelijke praktijk in Frankrijk niet, maar in Duitsland wel een beetje kan beoordelen, beperk ik mij tot enkele recente ontwikkelingen in de Duitse discussie over de rechtsmachtverdeling alsmede een blik op de vraag hoe de afgrenzing tussen de Rechtswegzuständigkeit in de praktijk nu eigenlijk functioneert. Voor diegenen die de publicaties van Bok en Verheij niet gelezen hebben, geef ik eerst een heel korte samenvatting van hun belangrijkste bevindingen, uitdrukkelijk verbonden met het advies de nog steeds belangwekkende en prachtig te lezen beschouwingen van hun wel eens ter hand te nemen. Wie dat heeft gedaan, kan dus paragraaf 4.1 overslaan.

5.1 Korte samenvatting belangrijkste bevindingen Verheij en Bok

In Engeland en Duitsland is het vertrekpunt van de rechtsmachtverdeling de aard van het geschil. Men tracht een onderscheid te maken tussen geschillen over typisch publiekrechtelijke vragen en geschillen over privaatrechtelijke vragen. Er zijn dus ook geschillen tegen de overheid, die over privaatrechtelijke vragen gaan en waarvoor men zich tot de burgerlijke rechter dient te wenden. Dat betreft bijvoorbeeld het terrein van het zogenoemde fiscale handelen van de overheid. In Frankrijk daarentegen is het vertrekpunt dat de bestuursrechter in beginsel beslist zo gauw de overheid partij van het geschil is. Daar is dus niet de aard van het geschil bepalend, maar de vraag wie partij is. In geen van de landen is het desbetreffende vertrekpunt vervolgens consequent doorgevoerd. In alle genoemde landen worden daarop vele uitzonderingen gemaakt en is uiteindelijk een moeilijk te overziene casuïstiek bepalend en niet een bepaalde afgrenzingstheorie. Een van de belangrijkste uitzondering in het Duitse recht, die hierna nog ter sprake zal komen, is het feit dat § 40 lid 2 VWGO geschillen omtrent, wat kort door de bocht gezegd, schadevergoeding door de overheid wegens onrechtmatige en deels ook wegens rechtmatige daad, aan de burgerlijke rechter toewijst. Illustratief voor de, althans in theorie, ingewikkelde rechtsmachtverdeling in alle drie landen is wellicht de samenvatting van de Engelse situatie door Verheij: „Verschillende criteria worden door elkaar gebruikt zonder dat hun onderlinge verhouding goed is doordacht.“ Niet kan worden gesproken van een consistent en bewust gehanteerd systeem van regels. Het blijkt, zo Verheij, dat „intuïtie en zelfs verwarring een minstens zo grote rol spelen“.⁹⁵ Ook met betrekking tot de Duitse en Franse situatie is zijn oordeel niet veel positiever. In beide rechtsstelsels is geprobeerd om theorieën te ontwikkelen om de rechtsmachtverdeling duidelijk, eenvoudig en voorspelbaar te maken, maar dat is niet gelukt.

5.2 De beoogde afschaffing van § 40 lid 2 VWGO

Wat Duitsland betreft is een voor ons thema niet onbelangrijke nieuwe ontwikkeling te vermelden. Dit voorjaar is, op de 76. conferentie van de (17) Duitse ministers van Justitie, besloten om een eind te maken aan de belangrijke uitzondering op de bevoegdheid van de bestuursrechtelijke colleges ten aanzien van schadevergoedingsacties tegen de overheid. § 40 lid 2 VWGO zal dus geschrapt worden, althans is dat wat de ministers van Justitie willen.⁹⁶ Als argumenten hiervoor worden onder meer genoemd dat de verwijzing van geschillen omtrent overheidsaansprakelijkheid naar de burgerlijke rechter berust

op historische redenen die thans geen rechtvaardiging voor deze rechtsmachtverdeling vormen. Nadelen van de uitzondering zijn onder meer de daardoor geschapen afgrenzingsproblemen en onduidelijkheid, het feit dat de civiele rechter naast de bestuursrechter een dubbele deskundigheid in bestuursrechtelijke vragen moet opbouwen, de noodzaak tot afstemming tussen beide rechters over bestuursrechtelijke vragen en het gevaar van uiteenlopende standpunten en de noodzaak van twee procedures, namelijk een over de (on)rechtmatigheid van bestuurshandelen bij de bestuursrechter en een vervolgpprocedure over de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheidskwesties bij de burgerlijke rechter, elk in potentie in drie instanties. Ook heeft de uitzondering tot gevolg dat de resultaten van het systeem voor discussie vatbaar zijn. Zo kan weliswaar dogmatisch worden uitgelegd waarom de bestuursrechter moet worden benaderd in een geschil omtrent schadevergoeding in verband met de terugname (Rücknahme, § 48 VwVfG, ex tunc) van een beschikking, maar de burgerlijke rechter in een geschil in verband met een intrekking van een beschikking (Widerruf, § 49 VwVfG, ex nunc), maar een inhoudelijke reden die dit verschil zou kunnen rechtvaardigen is er niet. Door het schrappen van § 40 lid 2 VWGO worden dergelijke ongerijmdheden verwijderd en wordt eindelijk bereikt dat rechtsbescherming omtrent een feitelijk samenhangend vraagstuk in slechts één procedure bij één rechter mogelijk wordt.

Op deze plaats valt al te constateren dat veel van deze redenen overeenkomen met die bezwaren die worden aangevoerd tegen de rechtsmachtverdeling in Nederland. Alleen betreft dit in Nederland niet slechts de verdeling van de rechtsmacht tussen een rechter die beslist of het overheidshandelen rechtmatig was en een rechter die beslist over de daarmee verbonden schadevergoedingsvragen anderzijds, maar tevens de rechtsmacht van verschillende rechters met betrekking tot wel of niet in een schriftelijk besluit vormgegeven vragen van een bepaalde casus of een bepaald samenhangend vraagstuk.

Het tegen een fundamentum petendi-criterium aangevoerde argument dat ook het Duitse recht niet zonder belangrijke uitzonderingen blijkt te kunnen, geldt dus straks nog slechts in veel mindere mate. De belangrijkste groep van uitzonderingen wordt immers geschrapt, juist omdat men geen goede reden (meer) voor deze uitzondering ziet. Ten minste wat betreft geschillen over nadeelcompensatie zien wij in Nederland gelijktijdig dezelfde ontwikkeling.

5.3 De Duitse magische lijn in de praktijk – enkele rechtsvergelijkende impressies

Toch blijft ook na deze wetswijziging natuurlijk de door Verheij opgeworpen vraag relevant of de afgrenzing van de competentie tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in Duitsland niet erg casuïstisch en daarom wellicht weinig voorspelbaar is. Dat doet, zo zou men kunnen aannemen, afbreuk aan de rechtszekerheid of, zoals Duitsers dit noemen: aan de Rechtswegklarheit. De vraag is echter in hoeverre deze, na bestudering van wetenschappelijke literatuur en jurisprudentie geuite kritiek op het Duitse systeem in de praktijk ook werkelijk een probleem vormt. Een handicap van rechtsvergelijking is, dat de praktische implicaties van bepaalde buitenlandse juridische constructies voor een niet dagelijks in dat rechtssysteem werkende rechtsvergelijker vaak niet inzichtelijk zijn. Daarom verdient het aanbeveling, zo dat enigszins mogelijk is, door gesprekken met practici uit de desbetreffende lidstaten enigszins een indruk van het „law in action“ te krijgen. Dat geldt temeer indien een bepaalde, theoretisch plausibele, oplossing of een theoretisch plausibel probleem in de wetenschappelijke literatuur van het desbetreffende land weinig wordt besproken. Dat nu lijkt mij in casu het geval te zijn. Dat een gemiddeld Duits artikelsgewijs commentaar niet minder dan 273 pagina's nodig heeft om § 40 VWGO te bespreken en het grootste deel van dit aantal pagina's wordt besteed aan de moeilijke afgrenzing tussen de bevoegdheid van de bestuursrechter en de gewone rechter⁹⁷ zou men snel kunnen duiden als een sprekend bewijs voor de stelling dat deze afgrenzing niet deugt en bijzonder problematisch is. Alleen, wie de 273 pagina's dan doorneemt moet vaststellen dat niet wordt gesignaleerd dat de praktijk thans, afgezien van de uitzondering van § 40 lid 2 VWGO, aanzienlijke problemen met deze afgrenzing zou hebben. Daarom heb ik een kleine steekproef ondernomen en enkele practici hierover ondervraagd, namelijk een rechter aan een Verwaltungsgericht (Aachen), een collega aan de Berufungsinstanz, het Obergerwaltungsgericht (Münster) alsmede de president van de bond van Duitse bestuursrechters die tevens rechter aan het Bundesverwaltungsgericht is.⁹⁸

Toegegeven en benadrukt moet worden dat een dergelijk beperkt „onderzoek“, met een vooral door praktische overwegingen bepaalde keuze van geïnterviewden, absoluut geen representatieve gegevens oplevert. Het zou wetenschappelijk dan ook onverantwoord zijn om daaruit algemene conclusies te trekken. Een dergelijke steekproefsgewijze

„praktijktest“ lijkt mij echter desalniettemin uiterst waardevol. Hij is wel geschikt om enkele vraagtekens te plaatsen bij conclusies die vooral op grond van wetenschappelijke literatuur en rechtspraak worden getrokken. Indien het voornaamste argument om te pleiten voor een volledige integratie van bestuursrechtspraak en civiele rechtspraak of in ieder geval tegen de introductie van een principiële andere magische lijn tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter de in alle landen moeilijk gebleken afgrenzing tussen beiden is, dan is het wel degelijk van belang als uit een steekproef blijkt dat deze afgrenzing door de bij dit steekproef betrokken practici niet als probleem wordt ondervonden, ook al gebeurt de keuze van de bij dit steekproef betrokkenen niet volgens criteria die enige representativiteit waarborgen.

Ik heb aan de rechters gevraagd of de afgrenzing tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke geschillen in de praktijk lastig is, mede gezien het feit dat daar theoretisch geen sluitend kader voor bestaat. Voorts heb ik gevraagd of het feit dat de bestuursrechter ook over feitelijk handelen van het bestuur oordeelt vragen of problemen opwerpt en of de burgerlijke rechter daar beter voor geëquipeerd zou zijn. Naast enkele vragen over de verwijzing van overheidsaansprakelijkheidsgeschillen naar de burgerlijke rechter (§ 42 Abs. 2 VWGO) heb ik ten slotte de vraag gesteld of bestuursrechtspraak niet geheel opgeheven en met de civiele rechtspraak geïntegreerd zou kunnen worden.⁹⁹

Onbevredigende theorievorming, maar goed functionerende praktijk

De antwoorden van alle drie rechters waren vrij gelijklopend. De afgrenzing tussen bestuursrechtspraak en civiele rechtspraak veroorzaakt in de praktijk zo goed als geen enkel probleem. De theoretische discussies daaromtrent zijn niet „praxisrelevant“. Een uitzondering werd door één van de rechters gemaakt voor de grens tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke overeenkomsten. Geschillen omtrent overeenkomsten met de overheid waarbij de afgrenzing moeilijk is, komen echter niet vaak voor.

Alle drie rechters wezen nadrukkelijk op het grote belang van § 17a Gerichtsverfassungsgesetz (GVG). Volgens deze bepaling kan een rechter die een geschil krijgt voorgelegd zich, de partijen gehoord hebbend, onbevoegd verklaren en het geschil doorverwijzen naar de rechter die volgens hem wel bevoegd is. Deze andere, ontvangende, rechter is aan de verwijzing gebonden. Hij moet het geschil beslissen ook al acht hij de verwijzing onjuist. Deze bepaling, zo alle respondenten, is voor het

functioneren van § 40 lid 2 VWGO van cruciale betekenis. De rechter hoeft in de praktijk immers geen langdurige discussies te voeren over de vraag welke rechter in een twijfelgeval nu bevoegd is. Het aantal twijfelgevallen is toch al klein. De grootste groep van beroepen is gericht tegen een beschikking (Anfechtungsklage) of gericht op het verkrijgen van een beschikking (Verpflichtungsklage). In die gevallen is doorgaans duidelijk dat de bestuursrechter het juiste adres is. Bestaan twijfels, hoort de rechter betrokkenen en kan hij hun voorkeur mede bepalend laten zijn voor zijn beslissing om een zaak zelf te behandelen danwel door te verwijzen. Vervolgens beslist hij dit zonder daarbij verfijnde theorieën nodig te hebben. In de praktijk levert de afgrenzing tussen de bevoegdheid van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter volgens betrokkenen hierdoor geen enkel probleem (meer)¹⁰⁰ op. Door deze bindende verwijzingsbevoegdheid is een aparte conflictenrechter, zoals bijvoorbeeld bekend in het Franse recht, overbodig.¹⁰¹

Diversiteit van uitspraakbevoegdheden belangrijk

Het feit dat ook feitelijk handelen aan een oordeel van de bestuursrechter kan worden voorgelegd, levert in de praktijk eveneens geen problemen op. Ten eerste wezen twee van de drie rechters erop dat dit niet zo heel vaak voorkomt. Vaak wordt feitelijk handelen uiteindelijk toch in een beschikking vertaald omdat het bestuur achteraf het feitelijk handelen door een schriftelijk besluit „onderbouwt“. Alle rechters zeiden echter ook dat het desalniettemin belangrijk is dat de bestuursrechter ook feitelijk handelen van bestuursorganen kan beoordelen om een geschil in zijn geheel en in samenhang te kunnen behandelen. De rechters achtten daarbij van belang dat de verschillende uitspraakbevoegdheden die zij ter beschikking hebben een rechterlijke reactie op alle vormen van bestuurshandelen in bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen mogelijk maakt. Mede omdat geen sprake is van een gesloten stelsel van „Klagearten“ en uitspraakbevoegdheden kan de rechtspraak zelf nieuwe vormen van uitspraakbevoegdheden ontwikkelen als dat nodig mocht blijken. Dat is bijvoorbeeld gebeurd met erkenning van een „Normenerlassklage“. ¹⁰² Daarbij werd ook op gewezen dat het belangrijk is om burgers een „Folgenbeseitigungsanspruch“ toe te kunnen wijzen. Daarbij gaat het om een veroordeling van het bestuur om de gevolgen van een onrechtmatige beschikking of van onrechtmatig feitelijk handelen feitelijk weer ongedaan te maken. Dat is, zo de practici, een belangrijk middel om geschillen in samenhang en definitief te kunnen beslechten. Vaak is, aldus één van de respondenten, het (kunnen) dreigen met een

veroordeling op grond van een Folgenbeseitigungsanspruch al voldoende om procespartijen tot een effectieve en definitieve geschilbeslechting te laten komen. Ook de mogelijkheid om niet alleen een beschikking te vernietigen, maar ook het bestuur te veroordelen om een beschikking te nemen werd overigens als een belangrijk procedureel middel gezien om geschillen effectief te kunnen beslechten. Dat de rechter niet zelf de discretionaire bevoegdheid van het bestuur mag invullen, staat ook in Duitsland buiten kijf. Door de mogelijkheid om een bestuursorgaan te verplichten om een besluit te nemen en daarbij aan te geven wat de beperkingen zijn van de discretionaire ruimte (Ermessenreduzierung) en door de mogelijkheid het bestuur te verplichten tot feitelijk handelen is een beslechting van de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen bestuur en burger in haar hele omvang mogelijk, aldus één van de rechters. Daardoor kan een inefficiënte fixatie op beschikkingen worden voorkomen. Het gaat dan minder om formele rechtsvragen en meer om de materiële kern van een geschil.

Afschaffing § 40 lid 2 VWGO

Unaniem werd bevestigd dat de toewijzing van de geschillen over overheidsaansprakelijkheid aan de burgerlijke rechter historische redenen heeft die thans niet meer geldig zijn. Deze rechtsmachtverdeling is in het Grundgesetz vastgelegd (Art. 34, laatste volzin GG). Toen hierover werd beslist, bestonden eigen bestuursrechtelijke colleges die als onafhankelijke rechters oordeelden nog niet of nauwelijks. Alle respondenten vonden het voornemen om de bestuursrechter bevoegd te verklaren om te beslissen over „Amtshaftungsfragen“¹⁰³ juist en consequent. Dat men (pas) thans „opeens“ tot het inzicht lijkt te komen dat § 40 lid 2 VWGO afgeschaft zou kunnen of moeten worden, heeft overigens, zo twee van de respondenten, weinig met groeiend inzicht en toegenomen wijsheid te maken. Het kan veelmeer worden verklaard door het feit dat de Verwaltungsgerichte thans (te) weinig werk hebben. Enkele jaren geleden hebben zij de geschillen over bijstand en andere sociale uitkeringen moeten afgeven aan de Sozialgerichte. Bovendien is het aantal vreemdelingenzaken, dat vroeger voor veel werk heeft gezorgd, sterk afgenomen. Dat lijkt minstens mede een reden waarom de ministers van Justitie het thans eens geworden zijn over het overhevelen van de geschillen over overheidsaansprakelijkheid naar de bestuursrechter.

Redenen voor een aparte bestuursrechtspraak

Dat geen van de ondervraagde rechters een gehele afschaffing van de bestuursrechtspraak en een integratie daarvan in de civiele rechtspraak zinvol achtte, was te voorzien en is inhoudelijk waarschijnlijk van weinig relevantie. Belangrijker zijn de redenen die hiervoor worden genoemd. Bestuursrechtspraak betekent altijd een beslissing over publieke belangen. De taak van de bestuursrechter is daarmee wezenlijk anders dan die van de burgerlijke rechter die slechts over belangen van particulieren te beslissen heeft, zo werd gezegd. Gewezen werd voorts op het feit dat de bestuursrechter de structurele benadeling van de burger ten opzichte van de overheid moet compenseren. Dat betreft vooral de vraag wie over welke informatie beschikt. De bestuursrechter is gehouden om, tot op zekere hoogte, zelf onderzoek naar de feiten te doen en niet, zoals de burgerlijke rechter, te volstaan met wat partijen aandragen („Amtsermittlungsgrundsatz“). Dat gebeurt ook in de praktijk, deels vrij vergaand. De civiele rechter is hier niet toe in staat en een actieve rechterlijke rol past ook niet bij zijn functie. Voorts zijn de uitspraken van bestuursrechters uitvoeriger gemotiveerd dan die van burgerlijke rechters. Daarnaast verschilt het procesrecht op een wezenlijk aantal punten. Ten slotte wordt het argument aangevoerd dat een voldoende beheersing van het burgerlijke recht en het bestuursrecht met het oog op de steeds nog toenemende omvang van het bestuursrecht niet goed mogelijk lijkt. Specialisatie is dus wenselijk. Uiteraard betekenen al deze argumenten niet dat bestuursrechtspraak en burgerlijke rechtspraak niet in een gebouw kunnen worden gehuisvest of organisatorisch tot een „gerecht“ samengevoegd zouden kunnen worden. Dan nog blijven echter binnen dat gebouw of dat gerecht eigen civielrechtelijke en eigen bestuursrechtelijke kamers noodzakelijk, aldus de respondenten. Er is in Duitsland ook geen substantiële discussie over het al dan niet afschaffen van eigen bestuursrechtelijke colleges.¹⁰⁴

Conclusie rechtsvergelijkende opmerkingen

Uit deze steekproef kan in ieder geval één conclusie worden getrokken. De vrees dat de aard van een geschil als afgrenzingscriterium tussen bestuursrechtelijke en burgerlijke rechtelijke geschillen tot onzekerheid, een geschakeerde en moeilijk te overziene casuïstiek en problemen leidt, lijkt niet overeen te komen met de Duitse praktijk. Als dat een belangrijk argument is om in Nederland niet over te gaan tot een dergelijke rechtsmachtverdeling, dan is dit argument discutabel. Wie het toch in de toekomst wil gebruiken, kan dat pas nadat de hier gerapporteerde

steekproef op grond van een grondig onderzoek naar de rechtspraktijk in Duitsland zou zijn weerlegd.

6. Now is the time! – enkele conclusies

Ik probeer het voorgaande samen te vatten en te komen tot een conclusie. Dat de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter hoogst onbevredigend is en de wetgever geroepen is tot ingrijpen is geen nieuw inzicht en, voorzover ik weet, onbestreden. Het voorontwerp voor een nieuwe regeling van de overheidsaansprakelijkheid en nadeelcompensatie tracht hierin verandering te brengen en de afgrenzing tussen en de afstemming van beide rechtsgangen sterk te vereenvoudigen en verduidelijken. Wat het nadeelcompensatierecht betreft worden oplossingen voorgesteld waarbij wel kanttekeningen kunnen worden geplaatst, die op zich echter ondersteuning verdienen. Wat de toekomstige rechtsbeschermingprocedures inzake overheidsaansprakelijkheid betreft is dat m.i. niet het geval.

6.1 Het voorontwerp mag niet verwezenlijkt worden

Onafhankelijk van de gedeeltelijke kritiek op het voorontwerp zelf, is er één zeer belangrijke reden om thans niet, althans niet zonder meer, de door de Commissie Scheltema aanbevolen weg in te slaan. Zouden de voorstellen van de Commissie tot wet worden, zal de discussie om ook buiten het schadevergoedingsrecht tot een betere verdeling van de rechtsmacht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter te komen voor decennia stil komen te liggen. Ten eerste is de ergste druk van de ketel. De problemen in het schadevergoedingsrecht zijn, juist omdat de wetgever en de rechter in de afgelopen anderhalf decennia¹⁰⁵ voorzichtig hebben geopereerd en steeds slechts kleine stappen in een geleidelijke rechtsontwikkeling wilde (wetgever) of kon (rechter) zetten, het meest nijpend. Bovendien gaat het om een terrein waarop dagelijks vele beslissingen worden genomen en veel vraag naar rechtsbescherming is. Als met betrekking tot het schadevergoedingsrecht tot procesueel eenvoudigere en aanvaardbare oplossingen is gekomen, zal dus de politieke wil om ook op andere terreinen tot verbeteringen te komen sterk afnemen. Erger is echter, ten tweede, dat de met betrekking tot rechtsbescherming bij onrechtmatige overheidsdaad voorgestelde oplossingen de weg versperren om meer in het algemeen tot een zinnvollere rechtsmachtverdeling te komen.¹⁰⁶ De voorstellen leiden tot een uitbreiding van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om te oordelen over (onrechtmatig) overheidshandelen. Mede gezien de

samenstelling van de Commissie Scheltema zou het vermoeden kunnen ontstaan dat het feit dat alle betrokken rechterlijke colleges een stuk van de „rechtsbeschermingscake“ krijgen toebedeeld mede een rol heeft gespeeld bij het totstandkomen van de voorstellen. Dat mede wordt gezocht naar draagvlak bij diegenen die in hun dagelijks werk door de voorstellen worden geraakt is op zich natuurlijk niet verwerpelijk. Indien echter de wetgever overeenkomstig de voorstellen beslist en de bevoegdheden van de burgerlijke rechter tot beoordeling van overheidshandelen nu juist uitbreid, zullen meer algemene voorstellen die leiden tot een overheveling van rechtsmacht naar de bestuursrechter lange tijd kansloos worden. Terecht zou de wetgever anders ook het verwijt van onderdoordacht en zwalkend wetgevingsbeleid krijgen. Met deze gevolgen voor de verdere ontwikkeling van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter houdt de Commissie Scheltema in het geheel geen rekening, althans, daar valt in het voorontwerp niets van te lezen. Problematisch is de rechtsmachtverdeling echter niet alleen in het schadevergoedingsrecht, maar ook daarbuiten. Daarom kan de conclusie met betrekking tot dit deel van het voorontwerp alleen zijn: niet doen!

6.2 Voorontwerp rechtsmachtverdeling bestuursrechter en burgerlijke rechter noodzakelijk

Niet doen alleen is echter onvoldoende. Ook met betrekking tot schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad moet de rechtsmachtchaos immers een einde hebben. Het probleem ligt nu op tafel. Nu is er ook politieke wil tot verandering en zelfs de rechtsgeleerden zijn het tenminste eens dat verandering noodzakelijk is. Voor het eerst lijken ook voorstellen zo goed als unaniem ondersteund te worden die de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter verruimen en naast het beroep gericht op vernietiging van besluiten voorzien in een verzoekschriftprocedure. Het ijs is dus gebroken en het hek is van de dam. In de bestuurskunde noemt men dit een window of opportunity. Een window of opportunity gaat naar een, soms korte, tijd weer dicht. Dus: now is the time! Hoewel op zich principieel veel pleit voor slechts geleidelijke ontwikkelingen in de wetgeving,¹⁰⁷ hebben juist de aarzeling om in één stap tot een principieel andere rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter te komen en de nadruk om behoudend te werk te gaan in het verleden tot rampen geleid. Ook nu lijkt deze terughoudendheid te leiden tot de verkeerde keuzes. Het is dus tijd om het nu in één keer goed te doen: tijd voor principiële veranderingen.

De opdracht van de Commissie Scheltema behoort dus te worden verruimd. Een nieuwe commissie zou moeten komen met een voorontwerp voor een wet die de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in zijn algemeenheid nieuw regelt. Daar is in het verleden voldoende over nagedacht en geschreven en in het buitenland voldoende ervaring mee opgedaan. De Commissie zou de voorstellen met betrekking tot schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad in een ruimer kader van een nieuwe rechtsmachtverdeling voor rechtsbescherming tegen overheidshandelen in het algemeen moeten plaatsen.

Mijns inziens zou daarbij aansluiting moeten worden gezocht bij hetgeen de VAR-Commissie Rechtsbescherming voor de lange termijn wenselijk heeft geacht en in wezen door Scheltema zelf al meer dan tien jaar geleden is bepleit.¹⁰⁸ Bepalend voor de rechtsmachtverdeling moet de aard van de rechtsbetrekking worden. Indien het hoofdcriterium hiervoor wordt gevonden in het fundamentum petendi, enkele mogelijk onduidelijke gevallen door een expliciete enumeratieve toewijzing aan de een of andere rechter worden opgelost¹⁰⁹ en voor het overige een wederzijdse bindende verwijzingsbevoegdheid ter voorkoming van negatieve competentieconflicten wordt geïntroduceerd, lijkt, gezien de ervaringen in de praktijk in Duitsland, het schemergebied tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtsbetrekking voldoende te zijn ingeperkt. Nu ook het door de Commissie Scheltema voorgestelde art. 4.5.1. Awb veel meer dan in het verleden de noodzaak schept om publiekrechtelijk handelen van privaatrechtelijk handelen af te grenzen, kunnen eventuele problemen bij die afgrenzing geen argument zijn om de aard van de rechtsbetrekking, respectievelijk het fundamentum petendi als afgrenzingscriterium voor de weg naar de bestuursrechter of de burgerlijke rechter in het algemeen te gebruiken.

Bij de verdere uitwerking van deze nieuwe magische lijn, en bij de uiterst interessante vervolgvragen die zich dan voordoen (zoals bijvoorbeeld de vraag of een eigen publiekrechtelijk overeenkomstenrecht wettelijk zou moeten worden geregeld), kan rechtsvergelijking¹¹⁰ nog steeds een zeer nuttige bijdrage leveren. Het gaat dan echter niet om een vergelijking van het law in the books. Dat is al voldoende gebeurd. Meer voordeel kan worden opgedaan indien wordt gekeken hoe de afgrenzing tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke geschillen in de praktijk functioneert: onderzoek naar law in action dus.

III Afsluiting

De gewoonte om aan het einde van een inaugurele rede enkele dankwoorden uit te spreken heeft een heel goede reden. Zoals bij het bereiken van veel meer mijlpalen en hoogtepunten in een leven, waarbij vaak ten onrechte geen dankwoorden worden uitgesproken of opgeschreven, is (ook) het mogen aanvaarden van een hoogleraarsbenoeming niet iets dat iemand vooral aan zich zelf mag toerekenen.

In mijn geval is de dank aan de rector, het college van bestuur en de benoemingscommissie zeker geen formele floskel. U hebt moed bewezen. Als men het heel strikt wil zien dateren mijn laatste publicaties op het terrein waarvoor ik benoemd ben van rond 1990 en heb ik mij daarna vooral op het omgevingsrecht gestort. Ik dank u bijzonder dat u mij toch een leeropdracht op het terrein van het algemene en Europese bestuursrecht hebt toevertrouwd. Ik weet dat bijzonder te waarderen.

Geacht faculteitsbestuur: u hebt er nog een schepje bovenop gedaan door mij na korte tijd al een facultaire functie toe te vertrouwen. Ik voel mij dan ook mede verantwoordelijk voor dat het facultaire onderzoek groeit en bloeit en ook dat het samenwerken in de faculteit een genoegen is. Voor mij is het dat tot nu toe zeker wel en ik hoop daar een steentje aan bij te dragen.

Beste Luc en Saskia, jullie hebben niet alleen bij mijn benoeming een belangrijke rol gespeeld, maar mij ook bijzonder hartelijk in Maastricht ontvangen. Het is een grote vreugde om met jullie samen te werken en ik hoop dat wij gezamenlijk op bezielende wijze leiding kunnen geven aan onze capgroep.

Leden van de capgroep publiekrcht. Ik heb de voordelen van een, vergeleken met Utrechtse verhouding, wat kleinere capgroep in het zuiden des lands snel leren waarderen en dank jullie voor de warme opvang die jullie mij hebben geboden.

Pauline en Mariolina, veel dank voor de waardevolle hulp bij het opzoeken van de bronnen voor deze rede en voor het leermeesterschap bij het maken van een hopelijk aansprekende powerpoint-presentatie.

Dames en heren studenten, uw kritische bijdragen en vragen zijn essentieel niet alleen voor mijn pogingen om kwalitatief goed onderwijs te geven, maar, en dat zult u wellicht minder vermoeden, ook voor mijn onderzoek. Het Maastrichtse onderwijssysteem biedt bijzonder veel ruimte en gelegenheid voor wetenschappelijke interactie. Maakt u gebruik van deze mogelijkheid!

Dat ik sommige vaardigheden die voor een hoogleraarsfunctie belangrijk zijn blijkbaar redelijk goed beheers is voor het belangrijkste gedeelte niet mijn verdienst, maar mogelijk door de gaven die mij gegeven zijn. Daarvoor ben ik dankbaar en dat begrijp ik als een opdracht om deze gaven zo goed mogelijk in te zetten.

Hanns und Trude, ich bin besonders glücklich, dass Ihr beide in guter Gesundheit heute hier sein könnt. Unsere Familie hat mir „festen Boden unter meinen Füßen“ geschenkt. Und sie tut das heute noch, so dass mich nicht jeder Herbststurm direkt umbläst. Dafür bin ich Euch sehr dankbar.

Liebe Uschi, Du hast mich auf meinem Weg in und durch die Niederlande von Anfang an unterstützt und hast mir in vielen Gesprächen auch über berufliche Fragen weise und mit wertvollen Ratschlägen zur Seite gestanden. Das weiss ich sehr zu schätzen. Vielen Dank dafür.

Liebe Sarah, ohne Dich wäre ich wahrscheinlich heute auch Professor – aber lange nicht so ein glücklicher. Du bist ein Pracht“kerl“. Vor acht Jahren habe ich meine Anstellung bei der Universität halbiert, um mehr Zeit mit Dir verbringen und mehr Verantwortung für Dich wahrnehmen zu können. Das war eine der besten Entscheidungen meines Lebens. Diese Periode ist mit meiner Ernennung in Maastricht, etwas früher als ursprünglich beabsichtigt, zu Ende gegangen. Das soll an meiner Zuwendung für Dich keinen Deut ändern.

Ik heb gezegd.

Noten

- 1 Een wordt bijvoorbeeld bewezen door de bundel K. Boele-Woelki (red.), *Het plezier van rechtsvergelijking*, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer 2003, nr. 63. Overigens is in deze bundel geen enkele rechtsvergelijkende bijdrage op het terrein van het bestuursrecht te vinden.
- 2 Zie bijvoorbeeld R. Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden Baden 2001, p. 14 e.v.
- 3 Ik volsta met een verwijzing naar het uitstekende boek van J.H. Jans, R. De Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanization of Public Law*, Europa Law Publishers 2007 en het nog vrij nieuwe tijdschrift *Reallaw*, hetgeen staat voor *Review of European administrative law*.
- 4 Zie hierover bijv. G. Trantas, *Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts*, Dresden 1998, p. 13 e.v.
- 5 J.H. Jans, R. De Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanization of Public Law*, Europa Law Publishers 2007.
- 6 Zie hierover ook G. Trantas, *Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts*, Dresden 1998, p. 51 e.v.
- 7 Mijn eigen publicatie *Besondere Schutzgebiete in Europa – rechtsvergleichende Bemerkungen zur Umsetzung und Anwendung des Artikel 6 FFH-Richtlinie*, *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht* 2005, p. 265 – 271 even buiten beschouwing latend.
- 8 Een recent voorbeeld is het *Urteil* van de Hessischer Verwaltungsgerichtshof van 24 september 2008, zaak 6 C 1600/07.1 over de betekenis van luchtkwaliteitsgrenswaarden.
- 9 Aldus ook M. Scheltema, *De toekomst van de rechtsbescherming*, in: A.W. Heringa e.a., *Het bestuursrecht beschermd*, Den Haag 2006, p. 289 e.v. (p. 293).
- 10 Tot voor kort is het Hof slechts in twee uitspraken, een uit 1991 en een uit 2004, ingegaan op enkele juridische vragen met betrekking tot de uit luchtkwaliteitseisen voortvloeiende verplichtingen. Recentelijk is daar de zaak *Janacek* bij gekomen (HvJ 25 juli 2008, C-237/07, AB 2008, 283. Nog steeds echter is de relatie tussen deze drie arresten niet geheel duidelijk.
- 11 Uit onderzoek is gebleken dat de meeste vernietigingen van besluiten wegens strijd met luchtkwaliteitseisen hun oorzaak vonden in het onjuist of onzorgvuldig toepassen van het Nederlandse recht, niet echter in de eisen die de richtlijnen dienaangaande stellen.
- 12 Zie Backes, Ch.W., T. van Nieuwerburgh en R.B.A. Koelemeijer, *Transformation of the First Daughter Directive on Air Quality in Several EU Member States and its Application in Practice*, in: *European Environmental Law Review*, vol 14, no. 6, Kluwer Law International, p. 157-164; Backes, Ch.W., R.B.A. Koelemeijer, W. Blom, A. Bouwman

- en P. Hammingh, Consequenties van de EU-luchtkwaliteitsrichtlijnen voor ruimtelijke ontwikkelingsplannen in verschillende EU-landen, MNP-rapport 500052/001, 45 p. en Backes, Ch.W., Internationale vergelijking implementatie EU-richtlijnen luchtkwaliteit, Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS, Universiteit Utrecht, februari 2006, ISBN 978-90-78325-06-2.
- 13 Om precies te zijn overal in de buitenlucht, behalve op werkplekken, zie art. 2 sub 1 Richtlijn 1999/30/EG.
- 14 Zie hierover recent A. Verhoeven en J.S. van den Oosterkamp, Naar een betere toepassing van het gemeenschapsrecht?, Nieuwe voorstellen van de Europese Commissie, SEW 2008, p. 279 e.v.
- 15 Zie hierover ook E. Versluis, Even Rules, Uneven Practices, Opening the Black Box of EU Law in Action, West European Politics 2007, p. 50 e.v. en R. Munoz, The Monitoring of the Application of Community Law: A Need to Improve the Current Tools and an Obligation to Innovate, Yearbook of EU law 2006, vol. 25, p. 395-428.
- 16 Zie bijv. Mededeling van de Commissie van 5 september 2007: Een Europa van resultaten, COM(2007)502 def.
- 17 Zie hierover G. Trantas, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts, Dresden 1998, p. 41 e.v., in het bijzonder p. 46 e.v.
- 18 Zie voor een overzicht over de historie van deze discussie J. van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn 1989.
- 19 A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth en N. Verhey, Verschuiving van de magische lijn, VAR preadvies 1999, VAR 123, Den Haag 2000.
- 20 Zie vooral J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter?, Deventer 1999 alsmede S. Pront-van Bommel, Bestuursrechtspraak, Den Haag 2002.
- 21 R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne, Den Haag 2003.
- 22 Zie vooral A.J. Bok, Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland, 2de druk, Deventer 1992.
- 23 Zie ook P. Banda, Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief, Zwolle 1989.
- 24 Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, Voorontwerp, mei 2007, p. 9.
- 25 Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne, Den Haag 2003 p. 8.
- 26 Er zijn immers meerdere Commissies Scheltema.
- 27 Aldus ook de kritiek van J.E.M. Polak, Goede polderoplossing, NJB 2007, p. 156.
- 28 Ook hier heeft de bestuursrechter wel een de grenzen van een met de tekst van de wet verenigbare uitleg opgezocht. Zie AB RvS waarin een stempel op een partij vlees een voldoende grondslag voor een schriftelijk besluit werd geacht.
- 29 VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p. 24.
- 30 Voor een overzicht over de beweegredenen die tot deze verdeling hebben geleid lezen men J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak, Deventer 1998

- 31 R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne, Den Haag 2003, p. 42 e.v.
- 32 Kritiek is wel mogelijk en geleverd op het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak dergelijke beginselen als publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag kwalificeert.
- 33 N. Verheij, Een eigen recht(er), in: Verschuiving van de magische lijn, VAR-reeks 122, Alphen aan den Rijn 1999, p. 70.
- 34 Zie AB RvS 17 juli 200, AB 2000, 446 m.nt. BPV
- 35 Of dat nog steeds zo is, is mij eigenlijk niet geheel duidelijk.
- 36 Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 14de druk, Den Haag 2008, p. 160.
- 37 Zie al Ch.W. Backes en F.C.M.A. Michiels, Het bestuurlijk oordeel als beschikking, NTB 1989, p. 175 e.v. en F.J. van Ommeren, Wetsinterpretatie: het bestuurlijk oordeel als rechtsvaststellend besluit?, Jbplus 2000, p. 113 e.v.
- 38 AB RvS 8 februari 1995, AB 1995, 463.
- 39 Dat heeft onder andere de bekende en beruchte jurisprudentie omtrent het zuiver schadebesluit opgeleverd.
- 40 Of als u liever wilt: de onaantastbaarheid van het besluit. Zie over de mogelijke verschillen tussen deze termen N. Verheij, Relatief onaantastbaar, <http://www.unimaas.nl/default.asp?template=werkveld.htm&id=66Q7D3NS6672JG4U4WUD&taal=nl>, p. 1.
- 41 Zie bijv. HR 9 september 2005, JB 2005, 275 (Kuipers/Valkenswaard). Over de problemen die dat veroorzaakt en vragen die het oproept zie bijv. R.J.N. Schlössels, Eenheid van Onrechtmatigheid?, in: R.J.N. Schlössels (Ed.), In eenheid. Over rechtseenheid en en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 315 e.v. (p.330 e.v.).
- 42 Aldus ook VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p 77.
- 43 K.J. de Graaf en A.T. Marseille, Een weg uit de doolhof?, NJB 2007, p. 2010.
- 44 B.J. Schueler, Het labyrint rond de schatkist. De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, Jbplus 2004, p. 83 e.v.
- 45 R.J.N. Schlössels, Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune?, de Gemeentestem 7160 (2002), p. 149 e.v.
- 46 B.P.M. van Ravels, Wederom: tot schade van allen!, BR 2005, p. 518 e.v.
- 47 B. J. van Ettekovén, Interventie, Verschuiving van de magische lijn, VAR-reeks 123, Den Haag 2000, p. 59
- 48 Of dat ook voor studenten geldt weet ik niet.
- 49 Zie VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p 32 e.v. Zie ook Herziening rechterlijke organisatie, Brief van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, Kamerstukken II 2003-2004, 25425, Nr. 7, p. 5 alsmede R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne, Den Haag 2003, p. 35 e.v.

- 50 Zonder hier nader op dit thema te kunnen ingaan zij verwezen naar U. Baumgartner, *Die Klagebefugnis nach deutschem Recht vor dem Hintergrund der Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts*, Berlin 2005; J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkel opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht en de grondsalen van het bestuursprocesrecht*, Groningen 2005 en R.J.G.M. Widdershoven *De Europese rol van de nationale rechter: rechtsbescherming of controleur*, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd, Liber amicorum Prof. mr. F.A.M. Stroink*, Den Haag 2006, p. 57 e.v.
- 51 AB RvS 23 juli 2003, AB 2004, 275.
- 52 Zie de noot onder deze uitspraak in AB 2004, 275.
- 53 HvJ 25 juli 2008, C-237/07 (Janacek), AB 2008, 283..
- 54 Andere sprekende voorbeelden zijn te vinden R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne*, Den Haag 2003, p. 24.
- 55 Een ander mogelijk nadeel heb ik hier bewust buiten beschouwing gelaten: het besluitenprocesrecht biedt geen rechtsingang voor bestuursorganen. Of dat een gemis is en of niet ook geschillen tussen bestuursorganen in ruimere mate door de bestuursrechter getoetst zouden moeten kunnen worden zijn vragen die een eigen rede of preadvies noodzakelijk maken.
- 56 VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p en Haag 2004, p 74.
- 57 Het voorontwerp is te downloaden via de site van het ministerie van Justitie, http://www.minjus.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/nadeelcompensatie_schadevergoeding-bij-onrechtmatige-overheidsdaad.aspx
- 58 Zie het voorontwerp zelf alsmede de talrijke publicaties die daarover inmiddels zijn verschenen, waaronder bijvoorbeeld .
- 59 Zie AB RvS 23 juli 2003, AB 2004, 275.
- 60 Voorontwerp, p. 17.
- 61 Voorontwerp, p. 18.
- 62 HR 18 januari 1991, AB 1991, 241.
- 63 Voorontwerp, p. 11 en 18.
- 64 Voorontwerp, p. 36.
- 65 Zie al AB RvS 4 november 1993, AB 1994, 182.
- 66 Zie hierover onder meer G.E. van Maanen en R.J.N. Schlössels, *Vernietigde besluiten en schadevergoeding – Een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?*, Gemeentestem 7203, p. 139 e.v. alsmede B.J. Schueler, *Het labrynt rond de schatkist. De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter*, Jbplus 2004, p. 92 e.v.
- 67 Voorontwerp, p. 36.
- 68 Polak heeft het voorontwerp dan ook gekwalificeerd als „een knap stukje polderen“, J.E.M. Polak, *Goede polderoplossing*, NJB 2007, p. 156 e.v.
- 69 Zie ook VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming*

- tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p. 28 en 34.
- 70 Aldus echter P.J. Huisman, De bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure, NTB 2006, 83.
- 71 Zo ook T. Barkhuysen, Het consumentenperspectief op het voorontwerp, NJB 2007, p. 2025.
- 72 Aldus ook VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p. 90.
- 73 Zie hierover o.a. J.E.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter, Deventer 1999, p. 170 en dezelfde Goede polderoplossing, NJB 2007, 159; P.J. Huisman De bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure, NTB 2008, 76 alsmede B.J. Schueler, Het labyrint rond de schatkist. De verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, Jbplus 2004, p. 92 e.v.
- 74 Voorontwerp, p. 38.
- 75 K.J. de Graaf en A.T. Marseille, Een weg uit de doolhof?, NJB 2007, p. 2014.
- 76 Hoewel op dit beginsel talrijke uitzonderingen bestaan; zie bijv. J.E.M. Polak e.a., Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling, O en A 2008, p. 102 en 105 e.v.
- 77 Zie bijv. ook B.V. van Ettekoven, interventie, in: VAR, Verschuiving van de magische lijn. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 29 april 1999, Den Haag 2000, VAR-Geschriften nr. 123, p. 58 e.v. alsmede P.J. Huisman De bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure, NTB 2008, 76.
- 78 M. Scheltema, Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, NJB 1996, p. 1355 e.v., waarin hij ervoor pleit dat de bestuursrechter de gehele rechtsbetrekking tussen bestuur en burger moet kunnen beoordelen, niet alleen het deel dat in een besluit is verwoord. Zie voorts als voorbeeld voor velen G.E. van Maanen en R.J.N. Schlössels, Vernietigde besluiten en schadevergoeding – Een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?, Gemeentestem 7203, p. 143 e.v. die beiden een verdere concentratie van het schadevergoedingsrecht bij de bestuursrechter bepleiten.
- 79 Er is nog een vierde model, waarbij de mogelijkheid om besluiten te vernietigen wordt afgeschaft. Dit „model-Tak”, vaak wat weinig differentiërend Maastrichts model genoemd, laat ik hier verder onbesproken. De argumenten waarom afschaffing van de mogelijkheid om besluiten met werking interomnes te vernietigen zijn m.i. overtuigend opgeschreven door die VAR-Commissie rechtsbescherming De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p. 83.
- 80 N. Verheij, Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, Preadvis Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking No. 50, Deventer 1994.
- 81 Getuige bijvoorbeeld van de ook door hem mede vervatte voorstellen van de VAR-Commissie Rechtsbescherming. VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004.

- 82 Hierover o.a. J.H. Jans, *Doorgeschoten?*, Groningen 2005.
- 83 Zie ook B.W.N. de Waard, A.J. Bok en P.C. Gilhuis, *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag 2001, p. 135 e.v.
- 84 Herziening rechterlijke organisatie, Brief van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, Kamerstukken II 2003-2004, 25425, Nr. 7, p. 4. Overigens zij met G.E. van Maanen, Frits Stroink in de Hoge Raad! *Waarom het bestuursrecht een volwaardige rechtsgang moet krijgen*, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd*, Den Haag 2006, p. 71 e.v. hier opgemerkt dat „de eigen aard van de bestuursrechtspraak“ geen argument oplevert voor de beslissing van de regering dat wordt afgezien van een verdere integratie van rechtsprekende colleges in de „gewone“ rechterlijke macht. De eigen aard van de bestuursrechtspraak kan immers even goed tot bloei komen als deze door bestuursrechtelijke kamers (of sectoren of andere eenheden) in hoven en bij de Hoge Raad wordt behartigd. Zoals eerder gezegd gaat deze rede niet over institutionele vragen, in de hier aangehaalde brief gaat het daar echter wel om.
- 85 Zie hierover ook al N. Verheij, *Een eigen recht(er)*, in: *Verschuiving van de magische lijn*, VAR-reeks 122, Alphen aan den Rijn 1999, p. 53.
- 86 Deze worden niet besproken in paragraaf 4.1.4 van het preadvies, waarin de commissie ingaat op de wenselijke ontvlechting van bestuursrechtelijke rechtsgangen“, komen echter wel 60 pagina’s verder aan bod in het wellicht door een andere auteur geschreven paragraaf 4.7.2 over „wenselijke uitspraakbevoegdheden.
- 87 VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p. 77 e.v.
- 88 *Suum cuique* wordt soms betiteld als “de formule voor gerechtigheid” en is niet slechts één van de principes van het Romeinse recht (Justinian, *Pandekten*), maar stond al eerder centraal in de werken van Ulpian en nog eerder van Cicero. Deze Romeinse auteurs ontleenden het beginsel aan de werken van Aristoteles en Platon (*Politeia*, 332). Zie nader Hermann Klenner, *Jedem das Seine! Geschichte eines Schlagwortes*, Ossietzky, *Zweiwöchenschrift für Politik/Kultur/Wirtschaft* Nr. 4/2002. Men zou het hier voorgestelde, in de hoofdtaal van deze rede, ook met „het principe de meest gereede rechter“ kunnen samenvatten. Daar kan echter, zoals B.P.M. Van Ravens, *Rechtseenheid in het besluiten aansprakelijkheidsrecht*, in: R.J.N. Schlössels, *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 339 e.v. (p. 353) laat zien, iets heel anders onder worden begrepen. Van Ravens is van opvatting dat oordelen over besluiten typisch tot de taak van de bestuursrechter en oordelen over schadevergoeding typisch tot de taak van de burgerlijke rechter behoort en dient te behoren. Het moge duidelijk zijn dat ik deze opvatting niet deel. Men zou voor de toekomst niet er vanuit moeten gaan wat rechter (in het verleden) typischerwijze deden, maar dat de aard van de rechtsbetrekking bepaalt welke rechter daarover oordeelt: *sum cuique*.

- 89 VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften @, Den Haag 2004, p.85.
- 90 C.A.J.M. Kortmann, Interventie, Verschuiving van de magische lijn, Verslag VAR-reeks 123, Den Haag 2000, p. 75.
- 91 „zijn“ heeft betrekking op „een bestuursorgaan“.
- 92 VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p. 90.
- 93 Voor de vraag welke geschillen expliciet aan de burgerlijke rechter zouden moeten worden toegewezen zie N. Verheij, Een eigen recht(er), in: Verschuiving van de magische lijn, VAR-reeks 122, Alphen aan den Rijn 1999, p. 65 e.v.
- 94 Echter uiteindelijk uitdrukkelijk geen principiële voorkeur uitspreekt, VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p. 92
- 95 N. Verheij, Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Nr. 50, Kluwer 1994, p. 99.
- 96 Zie hierover Ch. Heydemann, Die Bereinigung der Rechtswegzuständigkeiten im Verwaltungsrecht, BDVR-Rundschreiben 02/2008, p. 60 e.v. (BDVR staat voor Bund deutscher Verwaltungsrichter).
- 97 Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Beck-Verlag. Het commentaar op § 40 VWGO is geschreven door Ehlers.
- 98 Vorsitzender des Bundes deutscher Verwaltungsrichter.
- 99 De letterlijke tekst van de vragen is als bijlage opgenomen. De beantwoording van de vragen gebeurde in twee gevallen mondeling in een persoonlijk gesprek (interview) en in een geval schriftelijk, vervat in een „Stellungnahme des Bundes der Verwaltungsrichter“.
- 100 § 17a VVG werd geïntroduceerd in 1990. Zie hierover nader bijvoorbeeld W. Kuhla, J. Hüttenbrink, J. Endler, Der Verwaltungsprozess, München 2002, p. 112 e.v.
- 101 Zie hierover ook B.W.N. de Waard, A.J. Bok en P.C. Gilhuis, Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak, Den Haag 2001, p. 94 e.v. en R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne, Den Haag 2003, p. 11.
- 102 Zie hierover bijvoorbeeld P.J. Tettinger/V. Warendorf, Verwaltungsprozessrecht, 2de druk, Köln u.a. 2001, p. 33 e.v.
- 103 Geschillen over overheidsaansprakelijkheid.
- 104 Voor een uitzondering hierop zie recent K.-H. Millgramm, Verwaltungsgerichtsbarkeit – neutraler Rechtsschutz für den Bürger oder Reparaturbetrieb der Verwaltung?, DVBl. 2008, p. 821 die er ook op wijst dat internationaal er enige discussie is over de vraag of eigen bestuursrechtelijke colleges zijn gerechtvaardigd.
- 105 Ik neem hier als peildatum indiening van het wetsvoorstel tweede tranche Awb, waarbij art. 8:73 Awb werd geïntroduceerd. Dat was in 1992.
- 106 Zo ook J.E.M. Polak, Goede polderoplossing, NJB 2007, p. 2018 e.v.

- 107 Het Europees recht dwingt techters om tot zeer plotselinge en ingrijpende ontwikkelingen. Denk bijvoorbeeld aan de ingrijpende wijzigingen die de Dienstenrichtlijn noodzakelijk maakt. Of die allemaal ten voordele van het Nederlands bestuursrecht zijn moet nog blijken. De emissiehandelsregeling in de Wet milieubeheer moest binnen enkele maanden tot stand worden gebracht en betrof toen een geheel nieuw fenomeen. Ik heb de indruk dat dat goed is gelukt en het algemene bestuursrecht, bijvoorbeeld in het denken over naming en shaming of over de bestuurlijke lus, toch wel een stapje verder heeft gebracht. Niet geleidelijke wetgevingsontwikkelingen zijn dan ook niet bij voorbaat negatief.
- 108 M. Scheltema, Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, NJB 1996, p. 1355 e.v., waarin hij ervoor pleit dat de bestuursrechter de gehele rechtsbetrekking tussen bestuur en burger moet kunnen beoordelen, niet alleen het deel dat in een besluit is verwoord. Zie ook de eerdere publicaties van sommige individuele leden van de VAR-Commissie Rechtsbescherming. Voor de vraag welke geschillen expliciet aan de burgerlijke rechter zouden moeten worden toegewezen zie N. Verheij, Een eigen recht(er), in: Verschuiving van de magische lijn, VAR-reeks 122, Alphen aan den Rijn 1999, p. 65 e.v. die een dergelijke rechtsmachtverdeling inhoudelijk toejuicht, maar er toch „mordicus op tegen“ is dit wettelijk te regelen. Zijn argumenten tegen een dergelijke daad van de wetgever zijn hier, hopelijk, voldoende weerlegd. Voorts: R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne, Den Haag 2003, p. 21.
- 109 Aldus ook VAR-Commissie Rechtsbescherming, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-Geschriften 131, Den Haag 2004, p. 92.
- 110 In Duitsland wordt thans een interessante discussie gevoerd over de herziening van de wettelijke bepalingen over publiekrechtelijke overeenkomsten, zie bijv. H. Schmitz, Die Verträge sollen sicherer werden, DVBl. 2005, p. 17 e.v.

